





1779.

28. Hamel, Christianus Carolus: De compensatione  
et retentione in concursu creditorum locum  
habente.
29. Keerius, Tacitus Fridricus: De jure uxoris  
in donatione propter nuptias.
30. Keerius, Tacitus Fridricus: De periculosa aggressu  
iste probato nisi sermone inculpatae tutelae  
exceptorem dand probante
31. Koenner, Christian Gump: Ananti interest Titulum  
juris prudentiam naturalem ab ~~omni~~ universali  
vivendi norma distingi?
32. Pahl, Christian Fridricus: De origine etque fidei  
prescriptionis longissimi temporis usque ad Titul.  
notandum.
33. Puffmannus, T. L. J.: Præsentio de parte undeci-  
mestri, lectio octava sectionis præmissæ.
34. Puffmannus, Tacitus Ludovicus Suerus: De successu.

1779.

35. Schott, Augustus Fridericus: De usu servitice  
date sua ex regula quidem non semper  
tam in privanda.
36. Schott, Augustus Fridericus: An marito unusque  
lus et administratio in bonis uxoris minorum  
ni competat?
37. Schott, Augustus Fridericus: Observationes juris  
Juris.
38. Schwarzius, Fridericus Immanuel: De Friderico Myconio,  
Lyciscuriam apostolo.
39. Seyerus, Joh. Theophilus: Programm, quo solenniter  
Ductoribus Andreae Theophili Markoviani inscribitur.
40. Stockmannus, Augustus Cornelius: Ad 1. 33 D. de  
vulgaris et pupillari substitutione commentationum.
41. ~~Joh.~~ Stockmannus, Augustus Cornelius et Stockmannus  
Cornelius Adolphus: De pactis noni immunitatis.
42. Wieland, Emanuel Carolus: De Contractibus, Jure Lucris  
J. R. J. ventilifero.

1779.

43. Winkler, Carolus Wilhelmus: Praescriptio immunitatis a tributis praesertim quoad aerarium publicum Sexmiae impugnata.
44. Wolf, Carolus Prosperus: Jus statutarium Lipsiae de aetate tutelae aetatis.
45. Zollerus, Frider. Gualter: De effectu clausulae testis Maris.
46. Zollerus, Frider. Gualter: De culpa ab hereditas tutorum curatorum vel san ex facto tutoris, quam ex facto propriis consentis, praestanda.
47. Zollerus, Frider. Gualter: Utinam in fundo Francos foeminae succedant?
48. Zollerus, Frider. Gualter: De effectu confessionis in corpore delicti aetate incerto.
49. Zollerus, Frider. Gualter: Observationes practicae

*[Faint, illegible handwriting, likely bleed-through from the reverse side of the page.]*









*Nol. XLV. Num. 5.*

DE  
COMPENSATIONE ET RETENTIONE  
IN CONCVRSV CREDITORVM  
LOCVM HABENTE

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE  
PRAESIDE

CHRISTIANO CAROLO KANNE  
IVRIS VTRIVSQVE DOCTORE

DIE XXV. NOVEMBER. CIOIOCCCLXXVIII.

H. L. Q. C.

COLLOQVIVM CVM VIRIS ERVDITIS INSTITVET

FRIDERICVS MOSSDORF  
ECCARDIBERGA-THVRINGVS.



LIPSIÆ

LITTERIS LANGENHEMIORVM HAERED.  
ET KLAYBERTHIIS.



185. 2. 11. 18. 2.

UNIVERSITÄT  
LEIPZIG  
BIBLIOTHEK

CHRISTIAN  
L. ...





I.

**F**inis, quem pactis contractibusque ineundis intendimus, non est alius, nisi ut obligationibus iis quaesitis aliquando fiat satis, quod vel ex ipsa illa obligationis, quae passiva est, definitione Iustiniana<sup>a)</sup> apparet; quando vinculum dicitur iuris, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendae. Ex natura enim correlatorum facile intelligitur, alteram illam, quae actiua dici potest, ipso hoc iure constare, quo nobiscum paciscentem ad standum promissis cogere possumus: quod quidem proprie non nisi soluendo fieri potest, praestando scilicet vel faciendo id, quod est in promissis. Notum quippe est,

A 2

solu-

a) pr. Inst. de oblig.

solutionis nomine laxiori paullo sensu usurpato, pro vera eius, quod in obligatione est, praestatione <sup>b)</sup> utrumque contineri. Interim tamen non in faciendi modo obligationibus, iisque, vi quarum rem quandam singularem, speciem leges dicunt, tradere tenemur, aliquando, vel lege permittente, vel cogente ipsa negotii eorumque, quae circumstant, natura, eius, quod interest, vel aestimationis praestatione liberamur; verum in iis quoque, quibus quantitas, seu aliud quidpiam, quod certam aestimationem recipit, debetur, haud incommode pecuniariis dictis, eo nimirum sensu, quo pecuniae appellatione omnes res, tam soli, quam mobiles, et tam corpora, quam iura continentur <sup>c)</sup>, nonnunquam, sicuti in solutionum dationi locus concessus, aliud pro alio soluendo ab obligatione nobis incumbente liberationem consequimur. Plures praeterea occurrunt exceptiones legibus vel introductae, aut probatae, quibus promissis standi necessitas vel omnis, vel pro certa tantum parte eliditur, vel in aliud tempus delata, paullisper suspenditur. Quas inter, neque enim de omnibus exponere mens est, ea quoque nominatur, quae compensationis dicitur, iis mox adnumeranda; quae omnem obligationem perimunt, mox, quae partem, prout nimirum debita conferuntur, vel aequalia penitus, vel quae quantitate differunt.

## II.

Est quippe compensatio, MODESTINO praeunte <sup>d)</sup>, debiti et crediti mutua contributio: adeoque mutua semper supponit debita. Ex quo statim elucescit, quae tertio, vel a tertio debentur, siue, quando creditores et debitores diuersi sunt, nullo modo compensari posse <sup>e)</sup>, nisi sublata prius, intercedente nouo iure, facto vel hominis vel legis praesidio quaesito, hac diuersitate, obli-

b) l. 176. D. de V. S.  
 c) l. 222. D. de V. S.

d) l. i. D. Compens.  
 e) l. 16. pr. l. 18. §. i. D. eod.

obligatio siue actiua, siue passiuua, quae tertii haecenus fuerat, in nos nunc translata intelligatur. Omnis igitur exulat debitorum, quae ab administratore quocunque, vi administrationis petuntur, cum iis, quae ipsemet debet, compensatio, et versa vice. Facile enim apparet, ratione plane diuersa administratorem hoc considerari casu, duplicemque eum personam sustinere<sup>f</sup>).

Hinc est, quod de tributis, collectis, aliisque praestationibus publicis conuentus, vt cum mutuo, quod ipsi debet vniuersitas, respublica, princeps, compensentur, nullo modo potest postulare, quin nec diuersis debita stationibus mutua tolli possunt contributione<sup>g</sup>). Tutor porro neque de proprio debito conuentus, quod pupillo debetur, nec pupillaris debiti nomine in ius vocatus, proprium debitum, vt compensando a solutione se liberet, allegare potest<sup>h</sup>) inuito creditore. De marito, an de debito proprio conuentus, compensatione eius, quod vxori debetur, se tueri queat, non vna omnium est sententia. Vsfusfructus, qui marito in bonis vxoris competit, affirmatiuum nobis suadere videtur; interim tamen alii strictim regulae inhaerentes, quod non nisi propria compensari possint debita, negatiuum tuentur<sup>i</sup>).

### III.

Ipsa, quae mutua contributione tolli debent, debita ita comparata sint necesse est, vt vtriusque certa sit aestimatio, vtque proximum vtrinque debeatur genus eiusdem qualitatis et bonitatis<sup>k</sup>). Hinc neque genus cum genere diuerso, v. g. pecunia

A 3

f) conf. III. HOMMELII Rhaps. Obs. 285.

g) l. 1. et 3. C. de Compens. Quae hac ex parte circa Saxoniam nostram notanda, vide ap. MENKENIUM ad D. Lib. XVI. Tit. 2. §. 4. ed. Schoen.

h) CARPZOV. P. I. Conf. §. def. 7. ANT. FABER in Cod. Lib. IV. Tit. 23. def. 8.

i) V. LEYSER Spec. 174. med. 4. MEVIUS P. II. dec. 217. no. 2.

k) l. 4. §. et 12. C. de Compens.

cunia numerata cum vino vel oleo; nec species cum genere; nec cum specie alia species compensari potest<sup>l)</sup>. Vnde nec qui certam nummorum speciem, v. g. aureos, debet, quod sibi aes circumforaneum debetur, in compensationem offerre potest<sup>m)</sup>, quamvis tamen inuerso casu compensationi locum relinquere, creditore quippe indemni, quidam statuunt<sup>n)</sup>. Deinde ad id respiciendum, an debitum in compensationem oblatum verum sit iustumque, nec a iure civili improbatum<sup>o)</sup>. Hinc debitum quoque naturale, modo ex obligatione plena veniat, compensari potest. Quod aliter quidem se habet in actione depositi, ob summam, quam depositarius fidem debet<sup>p)</sup>: at in directa tantum, siquidem in contraria, cessante legis ratione, compensatio admittitur, id quod in irregulari quoque, vera mutui specie, obtinet. Porro et pura vtrinque concurrere oportet debita, sicubi compensationi locus esse debeat: quae enim sub conditione vel in diem debentur, nisi conditio iam tum extiterit, aut venerit dies, cum pure debito nullo modo compensari queunt<sup>q)</sup>. Li- quida denique vtrinque sint contribuenda debita necesse est; illiquidi enim cum liquido nulla est compensatio<sup>r)</sup>.

### III.

Caeterum compensatio est omnino voluntaria, atque omif- sa tantum abest, vt praecudicium aliquod inferat, vt potius et indebiti conditione solutum possit repeti, et actione quoque alias

l) l. 13. §. pr. D. de pignor. act. l. 16. C. de solutione.

m) FABER Libr. IV. Tit. 23. def. 2. CARPZOV. P. I. const. 3. def. 11.

n) cit. def. 11. no. 1. et 2.

o) l. 14. D. l. 2. C. de Compensat. l. 16. in f. D. ad Sct. Vellei. f. l. 40. D. de condit. indebiti.

p) l. ult. §. 1. in f. C. de Compens. §. 130. Inst. de action. l. pen. C. de depol.

q) l. 7. pr. l. 16. §. 1. l. 22. D. de Compens. quod ad pecuniam hereditariam applicat L. MENREN diff. de pecun. hered. Cap. III. th. 6.

r) alleg. §. 30. Inst. l. fin. §. 1. C. de compen.

~~—————~~

7

alias competente, quod remansit, debitum exigi, idque siue sciuerit agens, siue ignorauerit, ius compensandi sibi compe-  
tuisse<sup>s)</sup>. Effectus autem compensationis idem est, qui et solu-  
tionis<sup>t)</sup>: vnde est, quod, qui se soluturum iureiurando promi-  
sit, nihilominus compensando liberetur, cum ille etiam dat, qui  
compensat<sup>u)</sup>, atque ipso eo, quo debitum mutuum natum, mo-  
mento vel vtrumque debitum expirat, vel alterutrum ad con-  
currentem summam deminuitur, atque ipso iure, nulla inter  
contractus bonae fidei strictique iuris differentia superstit<sup>v)</sup>.  
Cessant quoque vsurae<sup>w)</sup>; nec mora, deficiente omni petitione,  
committi potest<sup>x)</sup>: pignora illico liberantur<sup>y)</sup>: et quae sunt  
solutionis effectus alii.

V.

Atque haec est ea Compensationis species, quam perpe-  
tuam dicunt, qui temporariam in legibus sibi videntur depre-  
hendisse<sup>z)</sup>. Sed si dicendum, quod res est, haec nihil aliud  
est, quam ius retentionis, vi cuius rem alienam, sine vitio pos-  
sessam, ex iusta causa tam diu retinere possumus, donec nobis  
fatis fiat. Differt autem retentio a compensatione potissimum  
duobus modis. Iua nimirum, etiam vbi haec ob qua-  
litate rei vel debiti locum non habet, exerceri recte potest<sup>a)</sup>,  
vt in debito speciei, vel eo, quod non omnino probatum, ve-  
rosimile tamen<sup>b)</sup>, et licet, quantum debeatur, non sit li-  
qui-

s) l. 2. et 10. §. 1. D. de Compens.  
l. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. v. BER-  
GER Oec. iur. l. III. tit. 15. th. 4.  
n. 4.  
t) l. 4. et 12. C. de Compens.  
u) l. 4. in f. D. qui pot. in pign. l.  
76. D. de V. S.  
v) §. 30. Inst. de action. l. fin. §. 1.  
C. de Compens.

w) l. 11. D. de Compens.  
x) l. 88. D. de reg. iur.  
y) l. 12. C. de Compens. v. PERIZ.  
Prael. in Cod. l. IV. tit. 31. n. vlt.  
z) l. 5. D. de impens. in res dot.  
conditionalem dicit.  
a) l. 2. §. 1. D. de pign. act.  
b) MEVIUS P. 3. dec. 369.

quidum<sup>c)</sup>, quin in debito, de quo spes saltem est<sup>d)</sup>, ut ab emtore in forte atque vsuris imminente retractu<sup>e)</sup>. Plura exempla larga manu offert COLERVS in suo de processu executiuo commentario<sup>f)</sup>, ex quibus apparet, retentionem hodie locum habere, quotiescunque, qui rem alienam possidet, contra eius dominum iustam petitionem habet. Differt quoque ratione effectus: compensatione debita mutua tolluntur; retentione conseruatur potius, cuius causa ea exercetur, debitum, quaeriturque securitas, tum contra debitorem, ne receptis rebus detentis abeat, creditoremque deludat, tum et contra reliquos creditores, si forte adsint potiori iure gaudentes, ne, dum hi distrahendis debitoris bonis sibi consulunt, ipse debiti sui iacturam faciat. Hinc quoque retentio pignoris constituere, non adeo inconcinne dicitur speciem<sup>g)</sup>; sequiturque in eo naturam pignoris, dum res detenta, nisi soluto debito, ad dominum non reuertitur. Differt tamen etiam a pignore, dum actionem nullam tribuit, nec ius praelationis, atque, omissa rei detentae possessione, et ipsa quoque perit<sup>h)</sup>. Quae de retentione pignoris ob aliud debitum adiaci potuissent, ideo omisimus, quia, ut inferius apparebit, ad argumentum, in quo exponendo versamur, illustrandum vix quidquam conferre poterant. Id tantum monuisse iuuabit, retentionem quamcunque non secus ac ipsam compensationem proprium requirere debitum, propter tertii nunquam rem alienam retineri posse.

Quae

- c) Ill. HOMMEL. Rhaps. obs. 200.  
 d) l. 14. D. de comp. l. 3. §. I. D. de const. pec. §. 4. Inst. de V. O.  
 e) PHILIPPI de Subhast. Cap. IV. comm. XIII. no. 104.  
 f) P. I. Cap. 2. n. 219—257.  
 g) HEINECC. ad. D. P. III. §. 215. COLERVS c. l. n. 218. executionis priuatae speciem dicit.  
 h) MENKEN de retent. pign. ob aliud debit. Cap. V. th. 3. 8. et 9.



## VI.

Quae quidem de compensationis et retentionis iure dixisse sufficiant. Propius nunc accedimus ad illam, quam paullo curatius examinandam nobis quaestionem proposuimus, an nimirum, atque in quantum compensationis exceptioni, vel retentioni etiam in concursu creditorum locus esse possit? Est autem concursus creditorum vniuersale inter creditores debitoremque communem coram iudice competente constitutum iudicium, in quo tum de liquido tum de prioritare disceptatur <sup>l)</sup>). Minime igitur concursus dici potest, quando vnus tantum alterue, quin plures, separatis actionibus, forte etiam in diuersis iudiciis, contra vnum eundemque reum experiuntur <sup>k)</sup>), quamdiu debitorem non amplius esse soluendo nondum satis constat, vel creditores de potiori iure inter se conflictari incipiunt, interdictionem bonorum aduersus debitorem impetrarunt, aut, vt concursui locus concedatur, iudicem competentem, domicilii nimirum; quod vel iis confirmatur, quae circa eos, qui ad cessio- nis beneficium aufugiunt, lege nouissima sancita sunt <sup>l)</sup>); adeunt, vel denique ipse debitor bona sua creditoribus cessit, aut iudex edictales emittere decreuit <sup>m)</sup>). Minime tamen opus est, vt omnia haec simul concurrant, sed vnum alterumue sufficere potest: nullusque dubito, quin, debitore fuga se proripiente, et creditoribus de iustitia sibi facienda iudicem interpellantibus, ex ipso eo momento, modo huius postea decretum accesserit, concursus initium sit aestimandum. Orto igitur concursu omne debitoris ius, de rebus suis vlla ratione disponendi, perimitur; quin immo ex eo iam tempore, quo soluendo esse desit <sup>n)</sup>), et

l) MENKEN ad D. Libr. XLII. tit. 5. BERGER Occ. iur. Libr. IV. tit. 31. th. 1.

k) vid. Ill. HOMMEL. Rhapf. Obf. 617.

l) *gcsch. Banquer. Mand. d. a. 1766.* §. 3. 4.

m) Dec. nouiss. XXV. de a. 1746.

n) per alleg. Decif.

creditores succedunt in omnia debitoris bona atque iura, ut in omnes quoque obligationes, et cessio inprimis bonorum ad modos acquirendi vniuersales refertur <sup>o</sup>). Nascitur exinde creditores inter quaedam bonorum communio, ut ex iis vnicuique secundum praerogatiuam et pro rata parte satisfiat <sup>p</sup>), ex qua illa quoque, quam per curatorem massae et bonorum aut fidei commissum administrationem gerunt, profuit. Sequitur etiam ex hactenus dictis, posse creditores aduersus se inuicem omnibus illis iuribus atque exceptionibus uti, quae ipsi debitori competebant <sup>q</sup>), et liquidi passum disputare <sup>r</sup>).

## VII.

Quod si igitur de compensationis exceptione, quatenus in concursu creditorum usum aliquem praestare possit, quaerimus, ad tres potissimum respiciendum erit personas vel personarum ordines. Primus solo constat debitore communi, qui praesens vel ipsemet causam suam, adstante causarum patrono, vel per procuratorem defendit; quod ni faciat, vel absens sit, aut lateat, curator, qui litis dicitur, constituitur, ut sit, qui creditorum petitionibus debitoris nomine respondeat. Altero creditores omnes continentur, quorum singuli vel per se, vel per procuratores constitutos iura sua tam contra debitorem, quam contra concreditores tuentur. Sed habent quoque praeter curatores massae, qui in bona debitorum lapsorum, mercatorum inprimis, inquirunt, caetera, procuratorem communem, curatorem bonorum dictum, qui nomine omnium pro augenda massa laborat, debita exigendo, vel quae praeterea ad massam perti-

o) III. HOMMEL Rhaps. Obl. 193. et 539. no. 5. seq.

p) MEY. P. 2. dec. 345. p. 3. dec. 141.

q) FABER in Cod. L. V. tit. 10. def. 1. no. 1.

r) BERGER Oecon. cit. l. th. I. no. 8.

pertinent, faciendo. Cui plerumque sequeſter adiungitur nomine atque in viſitatem creditorum, mercaturam exercens, vel praedia aliaque bona adminiſtrans \*). Tertium denique ordinem iis adſignamus, qui proprie ad concurſum non pertinent, eumque quaſi conſtituunt, ſed tanquam extranei ex accidente et peculiari quadam cauſſa interveniente ei immiſcentur. Quae quidem ideo praemiſſiſſe iuabit, ut certo aliquo ordine caſus, in quibus de admittenda vel reiicienda compensationis exceptione quaeri poſſit, diſponere atque examini ſubiicere queamus.

## VIII.

Initium igitur faciamus a debitore communi, non excluſis, qui eius vicem ſuſtinent: hi omnes enim vnam quaſi exhibent perſonam, in eo vnice occupatam, ut creditorum petitionibus respondeatur, quod duplici ratione fieri conſtat, dum vel, vtrum debita ſint liquida, vel, an omnino aut integra adhuc debeantur, diſquiritur. Ad poſterius inprimis pertinet, quam hic tractamus, quaefſtio. Debito nimirum probato et ad liquidum deducto, in id elaborat debitor, ut exceptionibus oppoſitis ſolutionem aut omnem aut pro parte tantum declinare, vel in aliud tempus differre poſſit. Quumque caeteras inter compensationis quoque exceptio occurrat, quaefſtio oritur, vtrum debitor communis hanc opponere queat creditoribus? Quae quidem quaefſtio fere Domitiana videri poſſet; quod ſi enim mutuum debitum, ſtatim vbi natum, alterum vel in totum vel pro parte perimit, nec debitor communis eos inter, qui compensatione uti prohibentur, vnquam relatus deprehenditur, ſane ei compensationem denegare velle, non foret aliud, quam cogere ad indebitum ſoluendum. Vnde non niſi de eo quaeri poſſe videtur, vtrum omnia, tam circa perſonam, quam circa ipſum debitum,

B 2

quae,

s) BERGER Oec. iur. lib. IV. §. 31. theſ. I. no. 5<sup>b</sup>

quae, vt compensationi locus sit, requiruntur, satis recte se habeant. Interim tamen ex indole et natura processus concursus creditorum nonnulla hic obseruanda erunt, minime praetereunde. Primum enim id singulare hic occurrit, quod, cum alias contra documenta guarentigiata non aliae admittantur, quam in continenti liquidae exceptiones, in hoc tamen vniuersali iudicio debitor non cum compensationis modo, verum et aliis eiusdem generis exceptionibus, nondum omnino liquidis, audiatur, nec illae in reconuentionem reiiciantur, disceptationibus tamen super iis earumque probationibus, ad confusionem euitandam, separatim peculiaribus actis consignatis. Praeterea quoad ipsam probationem pari cum creditoribus fruitur fauore, vt nimirum aliqualis intentionis aut exceptionis demonstratio sufficiat, et probatione licet semiplena minori munitus ad suppletorium admittatur<sup>t)</sup>; quo eo magis dignus videtur, quum, quas sustinet, rei partes fauorabiliores ipsae leges dicunt, nec deterioris is esse potest, quam actores, conditionis. Quod autem supra monuimus (§. III.), omnem compensationem esse voluntariam, alii obseruationi occasionem praebet. Fieri potest, vt debitor coludendo cum creditorum aliquo, huius petitioni, quam forte habet, compensationem non obiciat, quum iam non de propriis eius bonis solutio exigatur, sed de ereptis, vel cessis, ergo alienis: num reliqui creditores tacite id ratum habere tenentur partique? Minime vero. Ex quo enim omnia debitoris bona iuraque, orto concursu, in creditores translata fuere, facile constat, eum, neque alienando, neque donando vel remittendo, caetera, circa ea quidquam suscipere posse, adeoque et hic locum habere, quae de alienationibus in fraudem creditorum iura nostra sanxerunt<sup>u)</sup>. Quod enim ex pacto vel contractu nobis quaesitum

t) Ord. Proc. Rec. ad Tit. XLI.  
§. 4.

u) Facit huc etiam Decis. nouiss. XXV.  
d. a. 1746.

tum est ius, si ei renunciamus, vera est alienatio. Interest autem quam maxime creditorum, ne eiusmodi dolosis circumventionibus massa, quam concursus vocant, minuatur, quod fit omnino, ubi debitum, quod compensatione deletum est vel minutum, integrum ex ea soluitur. Possunt igitur creditores, immo debeat, ob commune inde in eos redundans commodum vel incommodum, contradicere, eoque noxam imminentem evitare. Quamvis enim leges nostrae integram debiti summam, creditori doloso ereptam, piis usibus assignent <sup>v</sup>), nullus tamen dubito, quin, quod forte ex ea iusta compensatione decedit, concursus massae lucro cedat, eique relinquendum sit. Succedit enim concursus in ius debitoris communis, quod sibi debetur, a creditore isto exigendi, habetque eo nomine ius, quod dicunt quaesitum, quod quidem abrogatum fuisse non apparet, integrum potius remansit, dum creditori, omni iure suo in poenam exuto, de compensando excipiendi potestas erepta fuit. Quod reliquum est, obscurum esse nequit, hanc omnibus creditoribus commendandam industriam ad bonorum curatoris officium praecipue pertinere.

## VIII.

Progrediamur ad creditores caeterosque, quos in hanc classem compilauimus. Et creditores quidem, quum in hoc iudicio actorum partes subeant, vix habere poterunt occasionem ad compensationem prouocandi, nisi forte replica aliqua, exceptionibus opponenda, eam iis offerat, quo facto ad communes de compensationibus regulas recurrendum esse, nemo ambiget. Interim, quae proxime de debitore, compensationis exceptionem dolo malo omittente, monuimus, hic quoque in creditore, eam per collusionem cum debitore communi ab

B 3

60

v) *gesch. Banquer. Mand. d. a. 1766. §. 8. et 22.*

eo oppositam pari dolo admittente, locum habere poterunt reliquisque creditoribus ius moliminibus hisce contradicendi nullo modo denegari poterit, eadem creditorem dolosum, quam indicauimus, poena manente. At enim vero potest etiam accidere, ut creditor in liquidationis termino legitime comparens, nomenque suum professus; nam, qui hoc non fecerit, in creditorum concursu creditoribus adnumerari nullo modo potest, ab eo plane exclusus; debitori communi et ipse debeat, eoque nomine a curatore bonorum vel litis etiam conueniatur; num exceptione compensationis se tueri poterit? Quod affirmare nullus dubito. Legibus enim concursus cum iusto tempore liquidando satisfecerit, nomini, quod inter caeteros professus est, plenum conseruauit valorem effectumque, ita, ut eius intuitu a concursu nunc remoueri vel excludi nequeat, pari cum reliquis creditoribus contra debitorem communem agendi iure gaudens. Hinc nec excipiendi potestas ei denegari poterit: et iure suo, quod contra debitorem liquidauit, debitum, cum eo, quod concursus seu caeteri creditores per bonorum curatorem aut litis quoque petunt, compensare poterit<sup>w)</sup>. Sed quid de prioritare fiet, si, quando hoc subsidio chirographarius forte creditor uti velit? num reliqui creditores potiore iure, reali, priuilegioque praelationis gaudentes debitori chirographario cedere tenebuntur? Non cedent, me quidem iudice, at nec compensationem impedire poterunt. Debita enim hic semper supponenda sunt, quae ante concursum exortum iam extiterunt<sup>x)</sup>, quid? quod quando quaestio de dolo incidere potest, ante, quam debitor non amplius soluendo esse incepit. Tale igitur debitum verum iustumque et hic intelligimus. Iam vero superius vidimus, (§. III.) mutuum debitum eo ipso, quo natum fuit, momento, ipsoque iure

w) BERGER Oec. iur. L. III. Tit. 15. th. 4 n. 8.

x) ut recte monet BERGER citato loco.

iure obligationem vel totam perimere, vel ad concurrentem summam minuere. Hinc facile patet, nostro quoque casu, siue, quod creditor debet, antiquius debitum sit eo, quod a debitore communi petit, siue posterius priore, modo ante concursum extiterint, nihilo minus tamen, ex quo mutua fieri coeperunt, obligationem vtrinque vel totam, vel pro rata portione sublatam esse. Ex quo sequitur, exorti postea concursus tempore neutrum amplius re ipsa existisse, nullum potius fuisse vtrumque, nisi, quatenus vnum alterum quantitate superauit. Cum vero non-entis nullae sint qualitates <sup>y</sup>), quodue nullum est, nullum producere possit effectum <sup>z</sup>); facile patet, nec debiti iam compensatione mutua delati compensationem posse impediri, nec debitum eiusmodi vllum iis praecudium creare, qui prioritatis quodam iure gaudent; neque enim iis praefertur, aut massam bonorum vere minuit, orto quippe concursu non amplius existens. Sed dices forte: cur ergo debitum creditor liquidauit, cum iam nullum esse scierit? Cum de hac quaestione mox pluribus dicendi locus erit, hic saltem addam: si debitum non integrum compensatione sublatum, necessitatis hoc esse, ne residui intuitu a concursu excludatur, sin autem omne, cautelae tamen loco recte fieri, ne, vtrum admittendus sit, an pro praeculso habendus, controuersia ei moueri possit.

## X.

Creditorem nomen in liquidationis termino non professum a concursu excludi, breui ante monuimus: in eorum igitur numero ponendus erit, quos tanquam extraneos tertio ordini adscripsimus. Et si dicendum, quod res est, quando de compensatione in concursu

y) l. 41. vers. quoniam D. de reb. cred. l. 2. D. de usufr.

z) l. 4. §. 6. D. de re iudic. l. 8. §. 2. D. de bon. posses.

cursu quaerimus, vix alii nobis occurrere poterunt extra-  
 nei, quam creditores debitoris communis, qui contra eum  
 cum reliquis insurgere neglexerunt, aut noluerunt. Neque  
 enim alii, quam debitoris lapsi debitores ab iis, qui concursus  
 eiusque massae curam gerunt, in ius vocari possunt, at nec de  
 compensatione quaestio oriri potest, nisi mutua adsint debita: vn-  
 de facile constat, hos pro diuersitate respectus non debitores tan-  
 tum, verum et creditores esse communis debitoris. De iis sane  
 hic quaeri potest nullo modo, qui a curatore bonorum, vel pro re  
 nata litis etiam, de eo, quod debitori communi debent, inter-  
 pellati, quod vnus alterue creditorum ipsis debeat, in compen-  
 sationem offerre velint: facile enim apparet, nihil plane hoc eos  
 remedio proficere posse, cum non vnus alteriusue creditoris,  
 sed omnium nomine conueniantur, hi omnes autem iis nihil de-  
 beant, et membri vnus debitum particulare omnibus praecudio  
 esse non possit, maxime cum hic non societas, in qua vel ipsa  
 quidem socius per socium aere alieno non obligatur<sup>a)</sup>; sed sal-  
 tem communitio subsit. Quod eo magis locum habet, si quis,  
 quod curator ipsi debet, compensare velit, dum hic procurato-  
 ris saltem officio fungatur. At in mentem hic venit fideiussor,  
 de quo quidem etiam ad §. VIII. disputari potuisset. Habet com-  
 munis debitor exceptionem compensationis contra vnum alte-  
 rumue creditorem; sed dedit quoque fideiussorem: orto igitur  
 concursu magis expeditum videtur, debiti solutionem, principali  
 debitore notorie facultate soluendi destituito, a fideiussore pete-  
 re: num compensare hic poterit, quod debitori principali debe-  
 tur? De eo enim, quod creditorum forte aliquis ipsi debet, hic,  
 ranquam de debito alieno siue tertii, nulla ratione quaeri posse,  
 quae paulo superius disputauimus, facile persuadebunt. De eo  
 ergo, quod debitori communi debetur, videamus. Dubium  
 moue-

a) l. §2. D. pro socio.

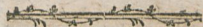


moueri posset, quod, hoc non amplius soluendo existente, de quo iam satis constat, fideiussor ad solutionem, ex ipsa fideiussionis indole, obligetur, teneaturque praestare, quod ille non potest: de excussione enim hic cogitare, foret sane ridiculum. Verum et hoc casu non adeo difficilis erit decisio. Debitum, pro quo fidem interposuit, ipso eo momento, quo mutuum debitum natum; siue hoc prius, siue posterius, nihil interest sane quoad effectus; licet, accuratius loquendo mutuum debitum semper posterius intelligatur, compensatione vel totum, vel pro parte deletum fuit, neque alia in conditione, aliove in statu, quam fuit orto concursu, semper enim de iis, quae ante eum acciderunt, loquimur, ad creditores peruenire potuit, vel nullum, puta, vel minutum: ergo fideiussor in maiorem, quam debitor, quantitatem condemnari nequit; ulterius enim non tenetur; soluendo, quod forte supererat, obligationi, quam in se suscepit, satisfecisse plenissime intelligitur. Nec ipsi concursui vel eius massae quidquam decedit <sup>b)</sup>).

### XI.

Verum sunt forte, qui cum ipso concursu, siue creditoribus contra debitorem coadunatis, interueniente iudice, vel curatore massae aut bonorum, quin et sequestro, tabernam etc. exercente, durante vel ad finem vergente concursu aliquid ex eo emendo, vel alia ratione, v. g. tanquam locatores etc. contraxerunt, eiusque debitores facti sunt, atque an, eo nomine conuenienti, contra eum compensationis exceptione se tueri possint? quaeritur. De iis, quae ipse concursus, forte ex gestione, administratione, opera praestita etc. debet, quin in compensationem veniant, nullum potest esse dubium, sed de iis tantum, quae

<sup>b)</sup> conf. MEVIUS P. II. decis. 416.



quae debitor communis debet. Verum et hic distinctione opus erit, ut clarior fiat decisio atque accuratior; quo remedio etiam dissensus, qui inter Dd. obseruatur, conciliari forte poterit. Nimirum hic quoque res nobis est cum creditoribus debitoris communis; vix enim casus effingi poterit, quo omnino extraneus, id est, cui ille nihil debet, ad compensationem prouocare possit: quae enim de debito vnus alteriusue creditoris, aut quod ex negotio, cum ipso concursu celebrato, ortum trahit, hic moneri possent, ea antecedente suo iam pertractauimus. Denuo itaque recurrit saepius iam repetita distinctio eos inter, qui inter reliquos creditores nomina sunt professi, praefusosque. Sunt quidem, qui, nulla adhibita distinctione, compensationi omnem effectum denegant; posse, quippe aiunt, non nisi mutua debita compensari, eum autem, qui cum concursu contraxit, vel ab eo emit, huic, non debitori obligari, aut debere incipere, adeoque iure extranei haberi, tenerique praestare, id quod et extraneus<sup>c)</sup>: immo ipsam licitationem, immixta compensandi conditione, nullam reddi, ut nec postea, pecuniam paratam offerendo, saluari possit, sed noua subhastatione opus sit<sup>d)</sup>. Sed magis placeorum sententia, qui compensationem admittunt in debito liquido, prioritatem subnixo, quia iudex, qui rem hactenus subiicit, non est persona principalis, cuius nomine fiat subhastatio, sed ministerium tantummodo eidem praebet<sup>e)</sup>, et creditores in locum debitoris succedere, adeoque, quod hic admittit, et admittere tenetur, etiam non possunt recusare<sup>f)</sup>; quae quidem intuitu creditorum, qui in termino liquidationis rite comparuerunt, nominaque professi sunt, eo magis locum habent, quam ipsae leges

c) PHILIPPI de subhast. Cap. III. comm. 12. n. 56. seq.

d) l. 29. D. d. R. I. PHILIPPI l. c. no. 62, seq.

e) BERGER Suppl. ad El. Dic. for. P. II. p. 348.

f) LEYSER ad D. Spec. 173. med. 4.

ges nostrae iubeant, creditoribus, ubi sententia, quae in rem iudicatam transit, certus iis locus assignatus, debita liquida ex deposito vel integra, vel partem eorum soluere<sup>g)</sup>; id quod etiam omnibus reliquis, cessante tunc usurarum ulteriori praestatione, utile est, quibus simul sententia LEYSERI<sup>h)</sup>, qui verosimilem prioritatem sufficere certa ratione defendit, approbatur contra BERGERVM<sup>i)</sup>, qui indubitatum desiderat. Quin immo creditor, cuius creditum et prioritas statim ex actis probatur, illud quoque licito imputare potest<sup>k)</sup>.

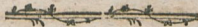
## XII.

Restant igitur soli creditores praecclusi, atque in quantum illi ad compensandum admitti queant, est videndum. At enim vero, nisi me fallunt omnia, omnis huius quaestionis decisio ab altera illa pendet, qua de effectu praecclusionis quaeritur. Ipsum quidem debitum, caetera verum iustumque ea non amitti, satis constat, quin, modo praescriptione nondum deletum, creditor id semper petere possit a debitore, ad meliorem forte fortunam emergente, quod vel exemplo creditorum cambialium probari potest, qui in concursu non liquidantes, vel alia ex causa praecclusi, nihilominus, et iure quidem cambiali contra debitorem agere possunt<sup>l)</sup>. Vnde is tantum est praecclusionis effectus, ut a concursu excludatur creditor, nec inter caeteros ius suum contra debitorem agendo possit prosequi. Sed quid de exceptione erit dicendum? num hac itidem priuatus erit? Constat enim, quae actionem dant, dare etiam exceptionem, eumque, qui agendo alterum vrgere noluit, excipiendo tamen contra eum se defendere

C 2

dere

g) Ord. Pr. Rec. ad Tit. XLI. §. 6. k) Mand. d. d. 20. April. 1747. §. 6.  
 h) c. l. qui etiam ad MEVIUM P. in Suppl. C. A. Tom. III. p. 338.  
 III. decif. 88. prouocat. l) *gesch. Banquer. Mand. d. a. 1766.*  
 i) Suppl. ad El. Dic. for. c. l. §. 19. 22.



dere posse, id quod non raro magis proficuum esse potest. Satis quoque est euictum, exceptiones esse perpetuas<sup>m)</sup>, ex quibus tuto mihi colligere posse videor, quum nusquam de priuatione exceptionis per exclusionem a concursu vestigium appareat, creditori, etiam praecluso, exceptionem compensationis minime posse denegari. Accedit, quod saepius iam monuimus, ipso iure iam sublatum vel minutum esse debitum tam, quum mutuum natum fuit; hinc de maiore quantitate concursui non potest actio competere, quam vere debet creditor exclusus, et si integrum deletum debitum, plane nulla<sup>n)</sup>); adeoque nemini inferitur iniuria, neque in fraudem id fit creditorum, quia ante coortum concursum sibi vigilare cuius licet<sup>o)</sup>. Quae quidem eo casu, quo eiusmodi creditor actione pulsatur ab iis, quibus orto concursu id incumbit officii, parum difficultatis habere crediderim. At quid dicendum, si eiusmodi creditor aliquid emerit a concursu, num et hic compensare poterit? Ita sane potest videri, quia hic quoque se iisdem defendere potest argumentis, et quantum ad iniuriam, quae forte exinde aliorum creditorum potiori vel prioritatis iuri enasci posset, huic obiectioni supra iam (§. VIII.) satis fuisse factum. At enim vero considerandum hic est, eiusmodi debitoris communis creditorem non ex iure huic competente atque in creditores translato, concursus factum esse debitorem, eoque nomine conueniri, sed facto suo, contrahendo nimirum cum concursu, ab eoque v. g. aliquid emendo. Hic igitur contra eum non agit vice locoque debitoris, cuius obligationes vna cum iuribus in eum translatae fuerunt, vt, quae illi obstant exceptiones, pari modo admittere teneatur, sed nomine iureque plane proprio nouiter contra creditorem illum, inito

m) l. 5. §. fin. D. de dolo malo. III.  
HOMMEL Rhapf. Obf. 481.

n) III. HOMMEL Rhapf. Obf. 378.

o) III. HOMMEL c. l. Obf. 427.  
et 539.

inito cum eo contractu, quaesito. Debita itaque neque mutua adfunt, neque personae eadem. Quae enim creditor praecclusus debet concursui, non debet debitori communi, quaeque hic creditori praeccluso debet, non debet concursus, dum ille, nomen suum inter caeteros creditores non professus, omni ex eo aliquid petendi iure excidit, quo ipso constat, hanc debitoris communis soluendi obligationem cum reliquis in creditores non fuisse translata. Id quod ex iis quoque satis tuto concludere licet, quae §vo praecedente ex processus ordinatione adduximus, quae non nisi, qui locum inter creditores ex re iudicata obtinuerunt, ad compensandum admittendos esse omnino persuadent. Neque differentiam, quae est inter compensare et ex depositis soluere, allegasse, multum iuuare poterit, quum, nullum hic locum esse compensationi, prius argumentum satis euincat. Apparet igitur ex his quoque, tutius semper facere eum, qui iusto tempore creditum suum profiteretur, et liquidat<sup>p)</sup>.

## XIII.

Supereft, vt de retentione etiam nonnulla adiiciamus. Duplici ratione et haec consideranda venit, prout nimirum vel ex ipso iure pignoris descendit, aut alia quoque iusta ex causa<sup>q)</sup>, vel ob aliud debitum in pignore exercetur. Constituitur autem pignus in re vel mobili vel immobili. In illa non nisi accedente traditione locum habet, qua res oppignorata venit in possessionem creditoris, quam, donec de debito plenissime sibi satisfactum sit, cedere non tenetur. Orto igitur concursu, quaeritur, an, et quousque hoc iure vti adhuc queat? Quod quidem legibus nostris satis clare definitum constat<sup>r)</sup>, nimirum vt

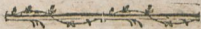
C 3

pignus

p) III. HOMMEL c. I. Observ. 378.  
no. 3.

r) Ord. Proc. Rec. ad Tit. XLIV.  
§. 2.

q) MEV. P. II, Decif. 214. no. 4.



pignus quidem exhibere teneatur creditor, quo cum reliquis debitoris bonis possit distrahi, salvo tamen iure reali in eo adquisito, vi cuius, ex pretio inde redacto, modo prius satisfactum fuerit ex caeteris bonis iis creditoribus, quibus in prima classe est locus assignatus, prae omnibus aliis, quod sibi debetur, consequitur. Interim non dubito, quin pignus tamdiu retinere possit creditor, donec ad auctionem deuentum fuerit, nisi iusta ei ratio obstet, ab iis, qui concursus iura tuentur, probanda. A qua necessitate pignus exhibendi exemptus est singulari privilegio mons pietatis Dresdensis, et pignus, nisi curator bonorum secundum praescriptum ordinationis huius instituti luat, ipso iure suo hastae subiicit, et, quod ex pretio, deducto cum usuris atque impensis debito, superat, ad massam concursus transmittit<sup>s)</sup>. In hoc itaque pignoris genere de retentione ob aliud debitum vix locum habere poterit quaestio. Dum enim res pignori subiecta, ut vendatur, exhiberi iubetur, atque praerogativa, ex possessione indeque pendente iure reali deriuata, huius tantum intuitu concedatur, vtrumque alii debito satis aperte denegatum videtur. Id quod postea factum quoque est lege<sup>t)</sup>, qua pignus ob aliud debitum retineri in concursu, salvo caeteroquin extra eum iure circa hanc retentionem communi cum ipso praelationis iure, interdicitur<sup>u)</sup>. Quod ad pignora in re immobili, de retentione tunc demum quaestio incidere potest, quando praedium, in quo hypotheca constituta, vel quod tacitae obnoxium, simul traditum fuit, vel alio iusto modo in manus et possessionem creditoris peruenit. Quam quidem creditor tam diu retinere potest, donec subhastatione finita, atque inuento emptore, huic res tradenda<sup>v)</sup>. Sed tenetur quo-

s) *Leibniz-Haus-Ordnung der Resid. Stadt Dresden* d. d. 8. Oct. 1768. §. 25.  
 e) *Refer. d. d. 1. Aug. 1764.*

u) *HOMMEL Rhapl. Obl. 378. n. 5.*  
 v) *PHILIPPI c. 1, Cap. IV. comm. 13. n. 10.*

quoque praestare caeteris creditoribus, quod per frugalem administrationem alias habituri fuissent, adeoque, tum durante retentione ad bonorum administrationem, tum ea finita, mediante inventario vel iureiurando rationes reddere obstringitur<sup>w)</sup>, quamvis alium quoque administratorem ei adiungi posse a creditoribus reliquis, non male defendatur<sup>x)</sup>.

## XIII.

Alia species retentionis locum habet in mercibus, communi debitori olim, ut vendantur, in commissum dicunt, datis seu transmissis. Quas quidem, si exstant orto concursu apud debitorem nondum distractae, vindicationis iure repetit committens<sup>y)</sup>: dominium enim rei iis sub tali conditione traditae, deficiente titulo ad illud transferendum habili, in debitorem, qui non nisi mandatarii loco est, transire nullo modo potuit, adeoque remansit penes committentem<sup>z)</sup>, qui rem suam vindicat, etiam a tertio, ad quem forte facto debitoris ea peruenit; parumque foret consultum, hoc casu inter reliquos creditores profiteri nomen suum, pretiumque distractarum petere, in ultimam chirographariorum classem reiiciendum. Quodsi vero, mutata scena, qui merces quasdam alicui diuendas commisit, foro post cesserit, interea autem temporis, directis in eum cambiis, ab eoque solutis, eius debitor factus fuerit, dubium quidem esse non potest, quin concursus siue creditores committentis, in quos omne, quod hic habuit, ius<sup>a)</sup> adeoque etiam mercium illarum ad vendendum transmissarum dominium tranfuit, vindicare exstantes eas possint a commissario; at non omnes

w) MEVIUS P. IV. Decif. 307.  
CARPZOV. P. II. const. 25. def. 14.

x) MEVIUS P. III. Decif. 255. et  
P. IV. Dec. 88. WERNHER P. II.  
Obl. 480.

y) O. P. S. Tit. XLII. §. I. et Rec:  
ad d. tit. princ.

z) ZIEGLER ad O. P. S. d. tit.  
p. 175.

a) Ill. HOMMEL Rhaph. Obl. 193.  
et 347.

omnes sane: tot enim ex iis iure suo retinere poterit, quot, ut ex earum pretio, ratione cambiorum, quae pro committente soluit, ipsi fiat satis, requiruntur, adeoque, si pecunia, qua cambia redemit, omnium pretium aequet, vel superet, omnes, emtas quippe ipso eo momento, quo pecunia illa soluta fuit, suumque in dominium redactas. In quo quidem leges nostrae satis belle conspirant<sup>b)</sup>. At de mercatoribus tantum loquuntur? Sed salua res est; non enim aequitatis saltem, verum et iuris, quam modo innuimus, ratio cogit, hanc legis dispositionem tam arctis non includere cancellis, sed ad alios quoque, non mercatores, eam extendere. Quum porro lex nostra cambiorum tantum mentionem iniiciat, quaeri posset, vtrum eadem quoque obtineant, vbi de alia ratione contractis debitis disputatur. Et quantum quidem ad vere pecuniaria attinet, parum interesse crediderim, siue quis cambia alterius, in se directa, redemerit, siue alia ex causa paratam pro eo erogauerit pecuniam. Habes quippe rem, habes pretium, in pecunia consistens, vnde ad emtionem, vel tacite contractam, facile argumentum ducere poteris. Sed maior oriri videri posset difficultas, si debitum, quo committens tenetur commissario, alia ex causa descendat, atque, ut hoc vtar, ab hoc ille vicissim nonnullas merces acceperit, quarum de pretio fides ipsi habita fuit. Verum nec hoc casu aliud dicendum esse crediderim. Siue enim permutationem hic subesse statuas, huc quoque dominium ab altero in alterum transferri satis constat; siue mutua debita hic malis agnoscere, ea hic repetenda forent, quae superius de compensatione disputauimus; vtroque autem casu commissarius ex rebus commissis non nisi ad residuum, post satisfactionem, quam iure suo petit, remanens, restituendum cogi poterit.

b) *Decisio-Befehl* d. d. 4. Sept. 1669. et Extr. Ord. Camb. Lips. inter *Beyl*, O. Rec. n. XX. XXI.



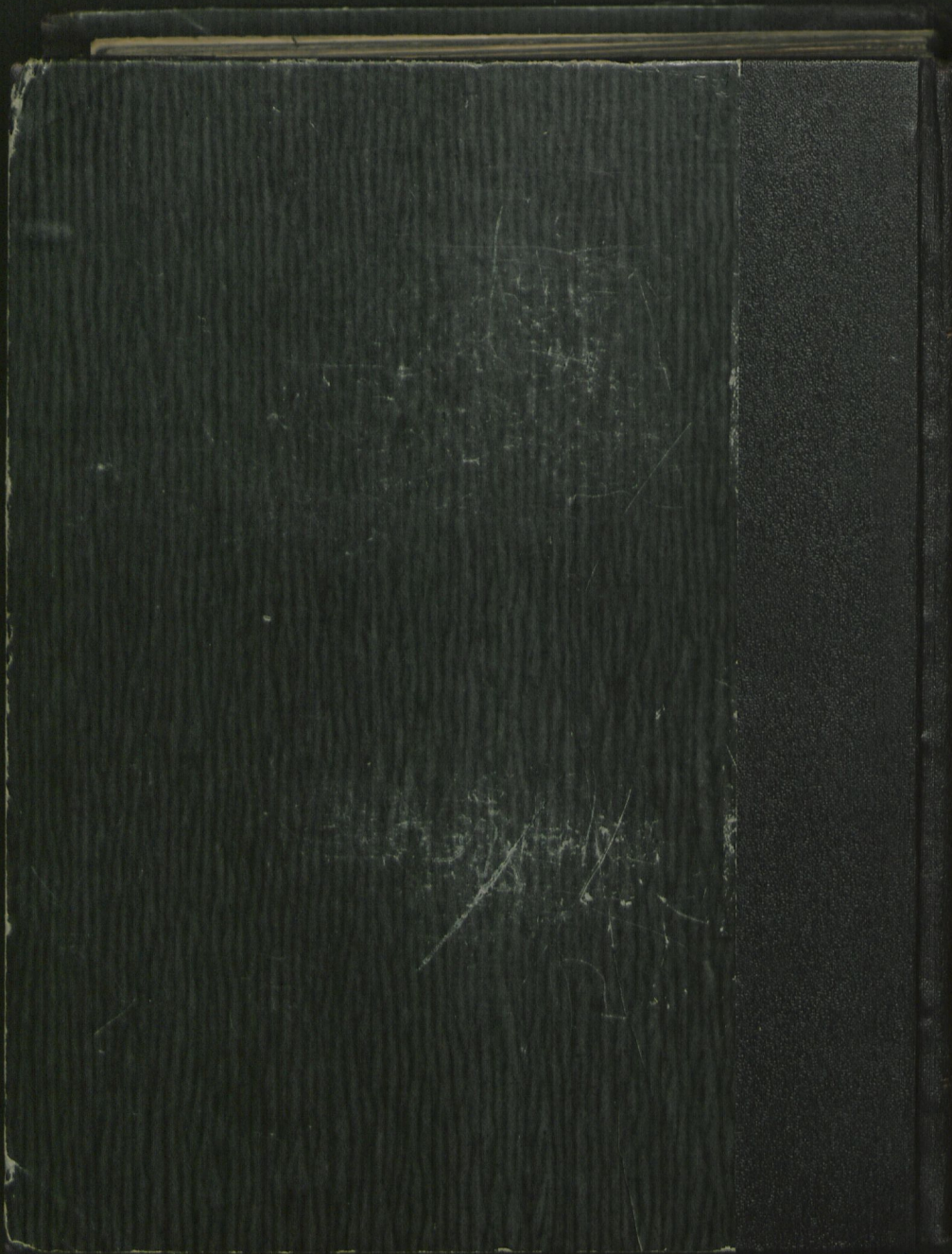
Leipzig, Diss., 1779 K-Z

X 237 1913

ULB Halle  
005 433 703

3





*Nbr. XLV. Num. 5.*

DE  
COMPENSATIONE ET RETENTIONE  
IN CONCVRSV CREDITORVM  
LOCVM HABENTE

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE

PRAESIDE

CHRISTIANO CAROLO KANNE

IVRIS VTRIVSQVE DOCTORE

DIE XXV. NOVEMBER. CIOIOCCCLXXVIII.

H. L. Q. C.

COLLOQVIUM CVM VIRIS ERVDITIS INSTITVET

FRIDERICVS MOSSDORF

ECCARDIBERGA-THVRINGVS.

LIPSIAE

LITTERIS LANGENHEMIORVM HAERED.  
ET KLAVERTHIIS.

