

compenfatio, eò quòd spoliatus ante omnia fit restituendus. Et arguetur difficultas ex §. 30. *Inft. de actionib.* quem etiam fuprà adduxi, ubi exprefse dicitur: *excepta fola depositi actione.* Vnde inferri poffe videtur, quòd Imperator eam in caufa spoliæ admittit, nam exceptio firmat Regulam in contrarium, feu in cafibus non exceptis. Ad hanc difficultatem fuprà respondi, & refponfionem ibi datam nunc reperio apud Arnoldum Rath th. 2. ubi dicit, vocem exceptivam *Solum* in illo §. pofitam, non excludere cafus fimiles pariter aut majorem rationem habentes, & præfertim alibi exprefse comprehenfos. Hanc refponfionem præfert aliis aliorum refponfionibus, quarum una eft, quòd Imperator loquatur de actionibus ftrictè fumptis, quo fenfu Interdicta non dicuntur Actiones. Sed prior refponfio eft melior, & eam confirmo ex verbis ftatim fequentibus in *lege fin. C. de compenf.* ubi exprefse etiam negatur compenfatio in fpolio. *Poffeffio nem etiam alienam perperam occupantibus compenfatio non datur.*

845. Restat ergo dubium, quomodo fin t intelligenda prima verba legis fin. C. de Compens paulò antè relata. Ad quod idem auctor refpondet ex communi Interpretum, illa verba: *ex omnibus actionibus:* non habere hanc fignificationem, ut femper fit locus in omnibus: fed, ut, fi de genere ipfo actionis fectio est, fciamus, omnes ita comparatas esse, ut ex natura fua compenfationem admittere poffint, ac proinde defacto quoque admittant, fi nihil aliud impedimento fuerit: quod requifitum non modò in actione in rem, verùm & in perfonam æquè defideratur, cum nec in hac indiftinctè compenfatio permiffa fit, fed concurrèntibus his conditionibus. 1. ut res fit utrinque compenfabilis. (v. g. Theologi negant poffe v. g. famam compenfari pecunià, æquè parùm vitam aut membra, uno verbo bona fuperioris ordinis per bona inferioris, ut dixi tractat. 2.) 2. ut compenfatio objiciatur illi, cui de iure objici potest. 3. Ut reus conventus compenfet, quod fibi, non quod alteri debetur.

848. Dubitatum est 1. Ab Interpeticibus, quis fuerit auctor primus hujus prærogativæ *Depositii.* Communis est opinio, Iulianum fuisse. Cuius tamen & Hotomannus volunt primum auctorem fuisse Imp. Gordianum, cuius refcriptum exiftat in *L. G. de Rei vind.* injuriolum esse, ut compenfationis caufà res deponita, in aliam transferatur. Dicendum est, hanc prærogativam à Iuliano non fuisse auctam in deposito, quatenus in deposito eam ne tunc quidem admittit, quando depositum perditum est, & æftimatio debetur, quo cafu in Commodatò eam locum habere dixi loco citato: & jam hoc ipsum invento in cit. Auctore th. 3. in fine.

849. Dubitatum est 2. Utrum faltem tunc in deposito restituendo locus effet compen-

fationi, fi uterque ab altero viciffim haberet depositum, & Petrus primus præveniret, ac fuum depositum repeteret, an Paulus poffet recufare, dicendo, fe velle depositum compenfare deposito quod habet apud Petrum. Hoc dubium fuftrukt Imp. Iulianus in *L. 11. C. b. t.* ubi negativè refpondet. [Si quis vel pecuniã, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui depositum, reddere illico modis omnibus compellatur, nullamque compenfationem vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quafi & ipfe quasdam contra eum qui deponit, actiones perfonales, vel in rem, vel hypothecariam prætendens, cum non fub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur: & contractus qui bonà fide oritur, ad perfidiam retrahatur. NB. Sed, & fi ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc cafu repetitionis præpeditio oritur; fed deponitæ quidem res vel pecuniã ab utraque parte, quàm celerrimè fine aliquo obftaculo restituantur, ei videlicet primùm, qui primus hoc voluerit, & postea legitimæ actiones integræ quoque referentur.]

Dices 1. Melior est conditio poffidentis, quando in reliquis par est conditio actoris & rei. *L. 128. ff. de R. J. In pari caufa poffeffor potior haberi debet.* Atqui in cafu nostro est par utriusque caufa in reliquis, ergo depositarius tanquam poffeffor debet esse potior: ergo non tenetur restituere. 2. Negando minorem, quòd cætera sint paria: nam ratione præventionis melior est conditio actoris.

Dices 2. Privilegiatus contra patitur privilegium non gaudet privilegio. atque in nostro cafu tam reus quàm actor est privilegiatus. 2. Petrum conventum non habere privilegium in deposito Pauli, fed in suo deposito apud Paulum: & contra hoc privilegium Paulus non tendit repetendo fuum depositum. Manet ergo Petro falvum fuum privilegium, ut & ipse poffit ad libitum repeterè fuum depositum, nunquam autem habuit privilegium retinendi depositum Pauli.

Hinc etiam in caufa spoliæ, v. g. fi duo recipiendè alterius fundum vi occupaverint, non est locus compenfationi. *L. fin. C. de Compens.* in fine, ut jam fuprà retuli: Quare in tali caufa qui priùs actionem movet ex Interdicto restitutorio, priùs est restituendus. Similiter fi Petrus haberet depositum Pauli, econtra Paulus spoliasset Petrum, & fic uterque haberet caufam in qua non est locus compenfationi, fi Petrus priùs ageret ex Interdicto, deberet priùs restituere, antequam teneretur restituere depositum. & econtra fi Paulus præveniffet agendo actione depositi, priùs esset restituendum depositum, quàm ut restituere- tur spoliatus: & hæc omnia fundantur in iure præventionis.

CON-

CONTROVERSIA IX CONTROVERSIA X.

An Depositarius possit recufare restitutionem Depositii, donec sibi solvantur impensa in rem depositam facta.

SUMMARIUM.

Præfertur sententia negativa. 850. Solvuntur argumenta contraria. eod.

850. Prima sententia affirmat, & fuit apud antiquos glossatores magis recepta. quam ex RR. sequuntur VVurmserus, & VVidman. Eandem P. Mol. & Lugo fupponunt, sed non probant, nec contraria mentionem faciunt, nisi quòd in regno Castellæ dicat Mol. contrarium esse statutum. Sed iure Bavarico recepta est sententia affirmativa *tit. 18. a. 1.*

Negativa sententia videtur esse Iuri communi conformior, & est apud RR. magis recepta. Eam tenent Treutlerus, Hunnius, Arnoldus Rath. Probatur autem satis efficaciter hoc modo. Si haberet depositarius jus retinendi prætextu expensarum, tunc hanc retentionem defendere deberet *exceptione doli:* ut fatentur omnes. nempe excipere deberet, alterum dolo repeterè depositum, si nolletolvere expensas. Atqui hæc exceptio exprefse rejicitur à Iuliano in *lege pen. C. Depositii.* his verbis. *Nullamque vel deductionem, vel doli exceptionem opponat.* Ergo nulum habet jus, hoc titulo denegandi restitutionem.

Obijciunt 1. Ex *lege 18. §. fin. ff. commodati:* ubi hæc univerfalis regula traditur. [Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, etiam recto iudicio, quod cum eo agitur, potest falvum habere iure pentionis.] fubstant. Atqui depositarius potest expensas consequi actione depositi contraria. Ergo si conveniatur actione directa, potest iure pentionis, seu deductionis consequi expensas. 2. Ab hæc regula excipi iure posteriore depositum, ut satis clarè profertur ipse Iulianus iuris fuprà citatis, legatur §. 30. *I. de actionibus.* ubi dicit Imperator, fe compenfationis lætius induiffè, *excepta fola depositi actione.* & *L. 11. C. depositii.* jam recitata: ubi nec doli exceptionem, nec deductionem admittit.

Obijciunt 2. Deponens consensit tacitè in expensas: ergo potest depositum retineri donec solvantur expensæ. Ineptæ refentia. Inferendum esset: ergo tenetur easolvere. Hoc folum sequitur ex illo antecedente. Quod si consensiffet, ut depositum non restitueretur, antequam essent solvæ expensæ, tunc esset legitima objectionis consequentia.

Christ. Ham. de Iust. Tom. IV.

An titulo oppignoracionis possit res deposita retineri.

SUMMARIUM.

An possit depositum retineri titulo oppignoracionis, rationes dubitandi. 851. Distingendum est, an fuerit res oppignorata antequam deponeretur, vel postea. 852.

851. DUBITATUR, an depositarius rem depositam possit hoc prætextu retinere, quòd sibi sit oppignorata, & probationes offerat in continenti. Ratio dubitandi: ex una parte in favorem depositarii est hæc, quòd res oppignorata non folum poffit retineri pro illa ipsa pecuniã, pro qua datum est pignus, sed etiam pro alio quocumque debito absque omni pignore contracto, *l. una. C. Etiam ob chirograph.* ibi. [At si in possessione (pignoris) fueris constitutus, nisi ea quoque pecuniã tibi à debitore reddatur, vel offeratur, quæ sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam folum pecuniã, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuum simpliciter acceperunt.] Lex creditoribus notatu digniffima.

Ratio verò dubitandi in contrarium & in favorem deponentis est, & videtur esse fortior; nam in verbis relatis hujus legis, exprefse dicitur, quòd poffit retineri pignus *exceptione doli.* Atqui, ut præcedente contro. ostensum est, depositum est contra hanc exceptionem privilegium: ergo quod in aliis pignoribus conceditur, in deposito habente rationem pignoris negatur.

852. DICENDUM est, & refpondendum cum diftinctione. Vel res deposita fuit oppignorata antequam deponeretur, vel postquam fuit deposita. Si primum, non potest depositarius recufare restitutionem, nec uti exceptione pignoratitiã. Si verò secundum, potest eã uti. Probo primum membrum. Superveniente contractu depositi obligavit fe creditor ad custodiendam rem depositam in favorem & commodum deponentis: ergo obligavit fe eo modo quo alii depositarii sunt obligati, hoc est, ad restituendum depositum absque exceptione, nisi de novo fupervenerit iusta caufa retinendi. Ergo recessit à priori contractu pignoris. Probo fimiliter fecundum membrum. Hoc ipso quòd res priùs deposita fit postmodum oppignorata, consensit deponens, ut retineri poffit eo modo, quo pignus omne ex natura fua hoc habet, ut ob jus reale quantum retineatur, donec luatur. Atqui ex consensu deponentis poffe retineri depositum, est juris indubitata. Ergo, &c.

Mm

Hæc

Hæc probatio nihil videtur differre ab aliorum probatione, dum sunt, quod sicut in testamento semper ultimum derogat prioribus, & quidem sine speciali testatoris revocatione ex natura ultima voluntatis, ita hic eveniat. Cum enim hic pignoris solutio, cuius quod possit pro debito retineri, censetur contrahentes per oppignoracionem rei depositæ, & fictionem brevis manus à priori depositi contractu, ejusmodi retentionem, alioquin excludente, recessisse: Si quidem illa res in specie, sed si tamen in genere hypothecata fuerit: quoniam hujusmodi hypotheca non solent trahi. Ita Arnol. Rath th. 7.

CONTROVERSIA XI.

Quo loco veniat Deponens in subhastatione bonorum Depositarii, si res deposita non amplius existet.

SUMMARIUM.

Quo loco habeatur deponens in ordine prioritatis.

853. An Vxor ratione dotis præferatur deponenti. 854.

Argumenta Hunnii solvantur. 855.

An deponens gaudeat legali hypothecâ, si rei depositæ affirmatio debeat. 856.

Argumenta Beuteri solvantur. eod.

An præferatur deponens creditoribus personalem actionem habentibus solum, an etiam privilegiatis. 857.

Conciliatio legis 7. §. 2. ff. depositi cum lege 8. §. 1. ff. de priv. credit. 859.

An habeat lus Prælationis, qui pro usuris pecuniam deposuit. 861.

In quibus prærogativis dos superetur à Deposito. 862.

Cui relinendum depositum, bonis deponentis confiscatis. eod.

863. Et hæc specialis prærogativa Depositi, ut si depositarius non sit solvendo, in ejus bona subhastentur, bonisque cedat, in ordine prioritatis inter creditores ratio specialis deponentis habeatur. Et quidem quando res deposita adhuc existat, eum omnibus præferri ratione domini, cum ei competat rei vindicatio, videtur esse iuris expediti, & supponitur in Iure Bavarico. tit. 2. a. 14. & hoc ad minimum sibi vult textus in l. 7. §. 2. ff. h. 1. postea referendus. Nec de eo ullum vidi dubitantem, excepto Hunnio, eorum præferente, contra quem etsi iterum in tract. 2. cap. de dote, nunc tamen iterum agam.

Controversia itaque est, quousque in ordine prioritatis sit aliis creditoribus præferendus

deponens, tum si res deposita non amplius existat, tum si res adhuc existat. In quo puncto mirè variant Iuris Consulti.

Prima opinio est, in casu quo depositum non amplius existat, Deponentem esse præferendum omnibus omnino creditoribus, quantumvis privilegiatis, & quantumvis expressam hypothecam habentibus, adeoque habere in bonis depositarii tacitam hypothecam supremè privilegiatam. Pro hac opinione citatur ab Arnol. Rath Beuterus de Iure Prælat. par. 2. c. 14. quem Auctorem videre non potui.

Secunda opinio est Hunnii in Treud. vol. 2. d. 24. th. 7. q. 48. ubi rejiciens certam omnium sententiam, quam paulo ante supposui, docet, quod etiam si depositum adhuc existat apud depositarium, uxor tamen depositarii ratione dotis etiam deponenti in re deposita sit præferenda. Quam opinionem (sicut & priorem Beuteri) errorem intolerabilem vocat Arnoldus Rath c. 5. th. 12. nihilque infubilius, nil crassius, aut minus Iuridicè dici posse pronuntiat. Et sanè mirum est, tam præclarum Iurisperitum (ut ab omni censura ablineam, qui me pari errandi periculo in hoc opere scribendo expoivi, majori indulgentiâ dignus, quia minori tempore in Iuris studio exercitatus) in hanc tam singularem opinionem trahi potuisse, quia tamen argumenta illius spernenda non videntur, ut ab hac sententia incipiamus.

853. DICENDUM est 1. Vxor ratione dotis non præferatur deponenti, cujus depositum adhuc existat.

Probatur. Quia uxor non habet hypothecam (sicut nec ullus alius) in bonis mariti, nisi in illis, quæ sunt mariti: in alienis bonis non habet. Vnde est illud certissimum essatum, dominium rei suæ actu permanentis, fortius esse omnibus & omnium creditorum Iuribus, & privilegiis, quia Dominus rei propriè loquendo non venit nomine creditorum. Et est sanè textus clarissimus in l. 38. (in antiquo exempl. 39.) ff. de peculio. [Depositum apud filiamfam. decem, & ego depositi de peculio. quamvis nihil patri filius debeat, & hæc decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum præterea peculium sit. Hanc enim pecuniam NB. cum mea maneat, non esse peculii. Denique quolibet alio agente de peculio, minime dubitandum est, computari non debere: itaque ad exhibendum agere me, & exhibitam vindicare debere.]

Hoc argumentum, quod cuiusvis obiter tracto statim occurrit, non potuit ignorare Hunnius. Ergo ad illud responderi his verbis. Si argumentum istud quidquam concluderet, efficeret quoque, nec commodanti mulierem præferri posse in bonis mariti, quia & is retinet dominium. Concedo sequelam. At (exclamat Hunnius) necno

memo unquam existit, tam auidax, qui afferere ausus fuerit, quod mulier in bonis sui mariti non præferatur commodanti. Ita est. Sed quid opus est hic aliqua audaciâ? nego suppositum, nempe quod res commodata sit in bonis mariti. In hoc afferendo opus audaciâ fuit, quam Hunnius præstitit: sed quo fundamento, paulo post videbimus. Nunc audiamus eum alterius respondentem ad argumentum.

[Falsum est, inquit, quod mulier præferatur deponentem suo deposito, cum privilegio suo utendo id solum quod sibi debetur, quodque NB. suum est, auferat, neminem verò suo spoliat. namque & ipsa non minus domina mansit rei dotalis, atque deponentis rei depositæ.] In his verbis vel est contradictio manifesta, vel sunt duo Domini in solidum ejusdem rei. Dicitur mulier auferre quod suum est, auferendo rem depositam: & paulo post dicitur, deponentem manere Dominum rei depositæ. Nunc argumenta Hunnii audiamus.

855. Objicit ergo 1. Existat generalis sanctio in l. assiduis. 12. C. Quiprovocatores. Quæ mulieri in bonis mariti indifferenter tribuit contra omnes mariti creditores etiam anteriores prærogativam. Verissimum hoc est, sed negatur suppositum, quod res deposita sit in bonis mariti, & quod deponens sit strictè dictus creditor, & in numero eorum, qui cogantur ire ad instantiam, quæ inter depositarii creditores tractatur cum de prioritate agendum est.

Dicit fortè aliquis: in §. 2. l. de vi bonorum raptorum, dicitur Depositum esse ex bonis depositarii. In ipso textu distingui inter hæc duo: esse in bonis: & esse ex bonis. Illud prius negatur, hoc posterius de deposito asseritur, & sensus est, quod sit ex illis bonis, quorum custodiendorum curam & obligationem habet, ut ibi declaratur, & huc non pertinet, nec Hunnius huc confugit.

Objicit Hunnius 2. Depositarius (volebat scribere: deponens) non habet pro suo deposito tacitam hypothecam, sed solum personalem prærogativam. Mulier autem habet tacitam hypothecam pro dote in bonis mariti. Deponentem non indigere ullâ hypothecâ, ut omnibus aliis præferatur in re sua. Dominium est potentius omni hypothecâ.

856. DICENDUM nunc 2. Contra Beuterum. Si rei depositæ estimatio debetur deponenti, deponens nullâ gaudet legali seu tacitâ hypothecâ, vi cuius aliis creditoribus præferri possit. Probatur, quia nulla lex asserri potest, quâ talis hypotheca concedatur.

Confirmatur. Si enim haberent deponentes hujusmodi hypothecam tacitam, tunc qui haberet antiquius depositum tempore, esset etiam præferendus posteriori deponenti. Sed hoc est falsum: ergo non habent hujusmodi hypothecam. *Christ. Havn. de Just. Tom. 17.*

Minorem probo ex lege 7. §. fin. prope finem. ff. h. 1. [Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt, an verò simul omnium depositariorum ratio habeatur. Et constat simul admittendum, hoc enim scripto principali significatur.] Neminem autem turbet vox: *Depositarii* enim: cum in hæc lege deponens simpliciter vocetur: *Depositarius*.

Respondet ad argumentum Beuterus, ideo inter plures deponentes temporis rationem non haberi, quod ob unum, idemque privilegium omnibus concessam simul admittantur: quoniam, inquit, si plures sunt privilegiati Creditores ejusdem tituli, omnes patitur pro rata concurrunt, esto temporis diversitas in eis fuerit. In quem si nem adducit textum in l. 16. ff. de priv. credit. [Privilegia non ex tempore estimantur, sed ex causa, & si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.]

Contra hanc responsionem urget Arnol. Rath, textum hunc procedere in privilegiis personalibus, non in realibus sive hypothecis, pro ut constat ex illis, quæ dixi tract. 2. agens de ordine prioritatis creditorum. Constat hoc pluribus textibus ibidem allatis, & etiam ex l. 12. C. Qui pos. in pig. ubi prope finem de duabus debitis dicitur: *Duabus enim debitis ab eadem substantia debitis ex tempore prærogativam manere volumus.*

Objicit Beuterus 1. Deponens habet aliud quod privilegium prælationis, ut dicitur Concl. seq. & probatur ex lege 7. ff. h. 1. atqui hoc privilegium (ut subjungitur lege 8.) exercetur non in ætantiam quantitate, quæ in bonis Depositarii ex pecunia deposita reperitur, sed in omnibus fraudatoris facultatibus. Ergo habet deponens hypothecam vicinjs omnibus est præferendus. Neg. Consequentiâ, sensus enim est, fraudatorem in omnibus bonis residuis excuti posse.

Objicit 2. Ex Iustiniani constitutione deponenti res deposita absque omni mora & dilacione est restituenda, adeo, ut nulla ei exceptio restitutionem retardans obijci possit. Respondet egregiè Arnol. Rath, hoc non esse intelligentum de tergio aliquo depositarii creditore (quasi quidquam in illa Constitutione (suprà relata) de concertatione prioritatis inter ipsum deponentem, & alios depositarii creditores interveniente definitur), sed solum de ipso depositario, quod is contra fidem contractûs, præteritu compensationis vel hypothecæ rem depositam nec retinere, nec ullam exceptionem deponenti opponere possit.

Itaque cum communissima aliorum sententia, quos refert & sequitur Berlichius p. 1. concl. 47. n. 71. & Modestinus Pistorius p. 2. q. 60. n. 6. & Arn. Rath. concludendum est, si res apud aliquem deposita non amplius existat, non habere deponentem aliquod Ius reale.

857. DICENDUM nunc 3. Deponenti videtur concedi privilegium prælationis. *M m 2*

respectu aliorum creditorum personalem actionem habentium. An autem præferatur privilegium, non est in iure satis clare decisum, legibus inter se in speciem valde pugnansibus. Nam in primis l. 7. §. 2. ff. h. t. dicitur. [Quoties fore cedunt Nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum (deponensium) hoc est eorum, qui deposita pecunias habuerunt, & ante privilegia.] Ità Vlpianus.

Verum; idem Vlpianus, ut Interpretibus negotium faceret, in l. 8. §. 1. ff. de privilegiis creditorum sic scribit. [In bonis mensularii vendendis NB. post Privilegia potiorum eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti depositarum.] Qui textus videtur priori directè contradictorius, nam ille præfert deponentem Privilegiatis creditoribus, posteriori opponit: & ambo textus tunc eiusdem Vlpiani. Unde etiam forte, multorum opinione, ceteroquin in iure Digestorum aliqua inter legitorum responsa contrarietas admittenda esset, vix tamen quæ dicere præsumperit, eundem Vlpianum sibi ipsi contrarium fuisse in questione adeo celebri. Videndum ergo, quæ viâ conciliari possint.

Et in primis Conciliatio Accursii in Gl. quam sequitur V. idm. n. 68. sustineri non potest, dum priorem textum vult loqui de deposito adhuc existente, posteriorem, quando non amplius existat. Nam deposito existente, deponens utpote dominus omnibus est præferendus iure dominii, nec opus habet aliquo privilegio, & ideo etiam hypothecariis creditoribus, & non tantum chirographariis præferitur. Deinde huic interpretationi obstat lex sequens. §. in qua Papiusianus relativè ad præcedentem legem, eam explicans expresse loquitur de deposito non amplius existente, dum ait. [Quod Privilegium exercet NB. non in ea tantum quantitate, quæ in bonis argentiarii ex pecunia deposita reperitur, sed in omnibus fraudatoris facultatibus.]

§. 8. Hæc ergo conciliatio relicta fidem Accursii aliter distinguit, & deponentem vult vi prioris textus præferendum privilegiatis creditoribus personalibus, vi posterioris textus esse postponendum hypothecariis. Hæc interpretatio tolerabilior est priore, eam tamen speciosè satis impugnat Arnoldus Rath th. 21. c. 7. 1. Quia ab Interpretibus & iure consultis hypothecarii non veniunt nomine Privilegiatorum creditorum, nam hypothecarii non tam ex Privilegio sive singulari concessione, quam ex iure communi, & ratione juris realis præferendi sunt. Ad quod tamen forte responderi posset, hypothecam sãtem legalem esse Privilegium. Secundo & fortius impugnat ex eo, quod hinc sequeretur, causam depositi iure Digestorum tutelæ & dori præferendam fuisse, & hodie etiam præferendam fore funeris impen- sis. Nam iure Digestorum causa doris &

tutelæ de iure veteri habuerunt solum personale prælationis privilegium, nullum vero jus tutelæ hypothecæ. Ad hoc argumentum non videtur quid pro Accursio responderi possit, nisi forte vel concedendo sequelam, donec ostendatur aliqua ejus absurditas, vel dicendo, prælationem deponentis esse restringendam ad privilegia istos, qui non ex speciali favore aliis privilegiatis omnibus præferantur, quod quidem est divinare.

§. 19. Doctissimus Arnoldus Rath th. 20. cum formidine suggerit aliam conciliationem, Distinguit inter Nummularios (de quibus additæ leges loquuntur, apud quos deponuntur pecuniaz.) Nam vel nummularios cogitur cedere foro ex infortunio, quo facultatibus lapsus est, & respectu talis depositarii negat deponenti prælationem ante privilegiatos; vel edito foro dolo & machinatione callida, & hæc casu concedit deponenti prælationem, & sic de uno casu unam, de altero alteram legem intelligendam esse. Rationem posterioris resolutionis dat, nam deponentes sunt favore prælationis ideo digniores aliis, quia alii creditores secuti sunt fidem privatam depositarii, deponentes verò secuti sunt potius fidem publicam: ergo ne deterreantur homines à deponendis pecuniis (quod Republicæ interest) apud nummularios, voluit lex concedere prælationem deponentibus fidem publicam secutis. Sed quia hæc ratio statim alieni videtur etiam locum habere in casu quo depositarius nummularius ex infortunio cogitur foro cedere, ut huic replicæ obviiat citatus auctor, fatetur quidem, quod deponens etiam tunc, eo quod fidem publicam secutus sit, etiam meretur habere privilegium prælationis, sed non ante alios privilegiatos, sed ante alios creditores non privilegiatos: & hoc ideo, quia in tali casu minus conquiri potest deponens, se fidem publicam secutum esse & deceptum, cum casu magis, quam depositarii dolo ei hoc damnum acciderit: satis igitur deponenti esse debet, quod ipsius ratio post cetera privilegia habeatur. Ne verò hæc divinatoriè dixisse videatur, fundat suam interpretationem in illis verbis legis §. 8. quæ est Papiusiani. In omnibus fraudatoris facultatibus. Ergo de simili fraudatore locutus etiam est Vlpianus in lege 7. præcedente, ubi præfert deponentem aliis privilegiatis, & personaribus creditoribus. Hæc est mens illius auctoris, quantum ego assequi potui. Nec video quid in hoc puncto possit dici ingeniosius.

Quia tamen hic auctor pro sua consuetudine modestia, suspicatur forte ob suam novitatem non placituram aliquibus hanc interpretationem, ideo fatetur quod possit secunda Accursii interpretatio sustineri. Et quidem ad secundam objectionem planè responderi in eundem ferè modum, quo ego paulo ante responsum conceperam. Respondet, inquam, necessario

concedendum esse, depositum de iure Digestorum fuisse tutelæ & dori prælatum: nec illud vel absurdum vel iniquum fuisse, antequam scilicet ius tacite hypothecæ fuit postea accommodatum: Causam verò funerariam quod attinet, ea quantumvis nullo iure tacite hypothecæ munita, tam depositum quam etiam qualvis hypothecæ & expressæ & tactas semper vincit, ex speciali favore & ratione, quæ pro religione facit, publicæque utilitate, ne defunctorum cadavera insepulta jacerent quod, ut rationi juris minus testigaretur, prætor defuncti lege quæ tacta hypothecam tribueret, juris rigorem æquitate ex jam dictis rationibus hoc prætextu temperavit, & causam funerariam hoc colore omnibus prætulit, quod ea quasi minuit ipso iure hereditatem, & defunctus tantò minus in bonis reliquisse videtur.

§. 60. Ad priorem verò objectionem contra Accursium factam, quod hypotheca non numeretur inter privilegia, respondet, posse Ictos etiam de privilegiis realibus intelligi, eo quod inter hypothecarios creditores habeant aliqui prælationis privilegium; & etiam inde confirmari potest, quod in l. 8. ff. de privil. creditorum. servatur, eum qui in refectionem adificiorum edificidit, habere ex edito D. Marci privilegium exigendi, cum tamen postea sub ipso D. Marco jus tacite hypothecæ consecutus sit.

§. 61. DICENDUM 4. Qui pecunias deposuit apud alium, ut usuras acciperet, censetur privilegio renuntiasse, & ideo venit in ordine ceterorum creditorum nullum privilegium habentium. Ità habetur §. 2. l. 7. ff. h. t. illis verbis. [quas non senore apud humularios, vel eum nummularios, vel per ipsos exercebant. Igitur si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum NB. qui postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaserint.] Et ratio videtur esse, quod in effectu tales mutuum potius quam depositum celebrare voluerint, & potius utilitatem suam privatam, quam publicam fidem secuti sint.

Obijciat aliquis. Ex toto discussu videtur sequi, quod non universim deponentes gaudeant privilegio prælationis, sed soli illi, qui apud publicos nummularios pecunias deponunt. Nam isti soli publicam auctoritatem sequuntur.

Huic objectioni cedit Arnoldus Rath th. 23. & concedit sequelam, existimans in theoria eam esse necessario sequendam: quamvis fateatur, se nullum Ictum videre potuisse, qui non privilegium ad omnes omnino deponentes, qui privatam fidem sequuntur, extendat, & ideo periculosum esset iudici, si à recepta sententia recederet, ne licitem suam faceret, & ex quasi delicto, seu syndacatu teneretur. Denique addit, sententiam communem esse ex usu & consuetudine vim accepisse. Posset itaque responderi ad objectionem, distinguendo sequelam; sequere-

tur hoc privilegio gaudere solos illos, qui apud publicos nummularios deponunt, si adhuc publici hujusmodi nummularii per imperium in usu frequentissimo essent, transeat; sed, si negatur. Itaque publicis nummulariis passim deficientibus, & à Republica non constitutis, debebat deponentibus in æquivalenti consuli, quandoquidem boni publici interest, in veniri fideles depositarios: adeoque in æquivalenti videntur deponentes earens adhuc fidem publicam sequi, quatenus Respublica non constituitur quæmularios, & vult universim in suis civibus fidem publicam representari, & ideo deponentes tali privilegio dignos haberi.

§. 62. DICENDUM 5. Quamvis dos ob legalem hypothecam deposito quoad æstimationem debito præferatur in concursu creditorum, superatur tamen à deposito in aliis prerogativis, jam superius expolitis. 1. enim depositarius, si depositum confisus est, non habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, ut supra dictum, quam tamen habet, qui dotem confisus est, & non accepit. 2. Depositum est deponenti confisum restituendum, per se loquendo, etiam prædoni; contra ad restituendam dotem tolerari sparium concedi. 3. In depositarium nullum dominium ne quidem civile, seu juris fictione, nulla etiam possessio transit. in maritum verò (ut tract. 4. probatum est) saltem possessio & dominium civile dotis transferuntur.

In omnibus hæcenus dictis de restitutione depositi faciendæ deponenti, semper excipiendus est ille, cujus bona confiscata sunt. tunc enim depositarius non ipsi deponenti, sed sisco restituere debet. Textus expressus in l. 31. pr. ff. h. t. ibi. [Reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est: bona ejus publicata sunt: utrumne ipsi ea reddenda, an in publicum deferenda sunt. Si tantum naturale & gentium jus intueatur, ei qui depositum, restituenda sunt. Si civile jus, & legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt. Nam male meritis publicè, ut aliis exemplo ad deterrendam

maleficia sit, etiam egestare laborare debet.]

malicia sit, etiam egestare laborare debet.

malicia sit, etiam egestare laborare debet.

malicia sit, etiam egestare laborare debet.

malicia sit, etiam egestare laborare debet.

malicia sit, etiam egestare laborare debet.

malicia sit, etiam egestare laborare debet.

CONTROVERSIA XII.

An Depositarius possit pro suo libitu, etiam absque gravi causa emergente depositum restituere.

SUMMARIUM.

An repugnet ex natura rei, posse depositum ad libitum depositarii restitui. 863.
Quid si nihil in pactum deductum sit, quousque presertim obligatus depositarius. 864.
Solvuntur argumenta contraria. eod.

Iurisconsulti communiter existimant, quod nisi sit gravis et justa causa de novo urgeat, non possit depositarius rem depositam invito deponenti restituere. Ita Harpprecht n. 48, & reipsa idem tenet Hunnius, quem proinde male citat Harpprecht, quasi cum Treudero sentiret, posse ad libitum restituere.

863. Dico tamen 1. Non repugnat ex natura rei, depositum celebrari, ita ut depositarius possit ad libitum restituere depositum. Probat. Quia cum hac reservata potestate sit magna depositi utilitas. Nam adhuc erit depositarius obligatus ad rem custodiendam, quamdiu non erit in manus deponentis reposita.

864. Dico tamen 2. Si nihil expressè in pactum deducatur, censetur & presertim depositarius se obligasse ad custodiendam rem tamdiu, quamdiu vel non repetetur à deponente, vel non emerferit causa improvisa urgens liberationem à cura depositi. Constabit hæc conclusio ex dicendis. Itaque

Contra 1. Conclusionem obijciunt 1. contra legem depositionis facere non potest, qui semel officium suscepit. quoniam ex post facto sunt necessitates, quæ ab initio erant voluntaris. ad quod probandum adducunt plures leges. sed illis non est opus, quia ultra totum concedimus, & dicimus, in casu primæ conclusionis ab initio fuisse liberum, suscipere vel ad momentum custodiam: eà verò suscepta est necessarium, hoc est, sub obligatione custodite quamdiu nec revocatur, nec ultra restituitur, nec casu fortuito perit, nec fito restituendum est, &c. quæ omnia subintelliguntur, sicut adversarii subintelligunt: nisi nova causa urgeat restitutionem.

Obijciunt 2. Ob eam causam deponimus res nostras, & in iis custodiendis alterius operam imploramus, quod ipsi eas non possumus custodire. sed si depositarius invito deponenti eas pro libitu restitueret, hunc depositi finem transgredere, & sic redundaret in odium deponentis, quod in ejus favorem introductum est. p. 1.

Majorum non esse universaliter veram, nam aliqui deponunt non ex necessitate, sed ad melius esse, quia volunt esse sine cura, quamvis si vellent, possent curam rerum suarum habere. p. 2. Sicut ab initio est liberum, omnino respuere depositum, etiam si aliter non possit ipse res custodire (quia recipere depositum est beneficium ad quod nemo tenetur) ita est liberum, non ulterius obligari, quam eo modo quo in Conclusionem dictum est, id est, ut tamen possit pro libitu restituere. Et sicut ab initio debuisset sibi alia via consulere deponens, v. g. per contractum locationis conductionis, ita & re restituat. Quod si non potest, id per accidens est, & hic casus fortuitus poterat ab initio in pactum deduci, ut etiam in tali casu integrum esset restituere deponenti suum depositum.

Obijciunt 3. Si liceret depositario pro libitu restituere, tunc non esset verum, quod deponens possit pro libitu rem suam repetere. p. Sequelam hanc esse prolixam ineptam (salva auctoritate Harpprechii): sicut enim possunt duo contrahere societatem, salvo jure, ut unusquisque pro libitu possit societatem renuntiare, quamdiu autem non renuntiat, tenetur ad ea, quæ socium concernunt, ita possunt duo contrahere depositum, ita ut unusquisque liceat pro libitu renuntiare, interim tamen custodiendo.

Obijciunt Hunnius 4. Sequester non potest pro libitu restituere, sed opus habet auctoritate pratoris. atqui sequester est depositarius: ergo idem de aliis depositariis dicendum. Argumentum simile huic. Equus non potest volare. Equus est animal. ergo idem de aliis animalibus est dicendum. Sequester obligat ad servandum depositum usque ad finem litis, restituendum victori. Est ergo specialis ratio.

Obijciunt 5. L. 5. §. 2. ff. h. t. ubi dicitur: nisi iustissima causa intervenient. p. Legem expressè loqui de sequestre. Conclusio loquitur de alio. Ceterum, ut in concl. 2. dictum est, etiam in communi depositario requireretur causa justa restituendi depositum, si restitutio esset incommoda deponenti, & à principio vel expressè, vel tacite ita conventum esset.



CON-

CONTROVERSIA XIII.

Quid juris, si creditor denuntiet Depositario, ne depositum suo debitor restituat, donec sibi fuerit satisfactum.

SUMMARIUM.

An possit creditor deponentis interdicare depositario restitutionem. 865.
In quibus hujusmodi denuntiatio fit prohibita. eod.
An per novellam 88. c. effectus necessitas exhibendi cautionem depositario, de qua est lex 11. c. depositi. 866.

865. **Q**UÆRITUR, quid agendum depositario Petri, qui est debitor Pauli, si Paulus veniat, & interdicit depositario, ne Petro suum depositum restituat, donec sibi fuerit satisfactum. Ratio dubitandi est, quia in aliis casibus est licita hujusmodi denuntiatio, cur non etiam in Deposito? Nihilominus

DICENDUM est, hujusmodi denuntiationem à tribus causis esse prohibitam, nempe Deposite, Pensionibus, & Panibus Civilibus, quæ per modum alimentorum debentur. Ita habet *authenticam unice. c. h. t.* ubi indigitur talibus pœnis, ut periculum depositi ad eos pertineat, & usuras solvere debeant deponenti. [Sed jam cautum est, ne quis extrinsecus depositario interdicit depositi restitutionem, quæ subsecuta depositori possidens pulsari poterit ab eo, qui interdixit. Si contra factum fuerit: damnnum quodcumque acciderit ei, qui vim passus est, præstabitur ab eo, qui interdixit. Nec non & tertiam centesimam usurarum nomine ex quo facta est hujusmodi contestatio. Quibus pœnis subjacet, qui vel inquinatio dationem pensionum, vel publicæ personæ panis interdicit administrationem.]

Potest in lege 11. c. h. t. statuitur, quod facta hujusmodi denuntiatione, adhuc deponens possit consequi depositum, præstita tamen depositario cautione, quod eum contra denuntiatorem defendere velit. Textus ita habet. [Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei, qui depositum suscepit, ab alio transmissa, ut minimè depositum restituat, hocque per Iusjurandum affirmaverit, liceat ei qui depositum, sub defensionis cautela idonea præstita, res depositas, quam oculis recuperare.]

866. Hinc nascitur dubium, an adhuc post relatam authenticam, quæ desumpta est ex Nov. 88. opus sit exhibere illam cautionem. Negant multi, arbitantes, hoc Ius esse correctum per dictam Novellam. Sed Antonius Perez affirmat, existimans, solam pœnam indigi denuntiatori,

per quem fit, ut depositarius rem depositam retineat, vel cautionem extorqueat. De reliquo putat, quod facta denuntiatione Ius sit depositario retinendi depositum, donec cautio exhibeatur. Ego tamen censeo, omnino abrogatam esse illam legem; & quod talis denuntiatione nullam vim habeat; cum enim talis denuntiatione expressè prohibeatur, & puniatur; & notè Iuris sit, ex lege *Non dubium* famosissima. *C. de legib.* quod actus in Iure prohibiti sint ipso Iure nulli, nisi aliunde contrarium constet, utique dicendum est, talem denuntiationem nullum Ius tribuere depositario, retinendi depositum usque ad obtentam cautionem. Pro totius rei meliore intelligentia, ipsa Novella est audienda, & cum ea tota hæc materia de deposito concludenda. [Si quis (inquit Imp. Iust.) ab aliquo capiat aurum, aut res aliquas depositi causam in quibusdam conditionibus, deinde illi agant, necessitatem habeat, omne restituere aurum, aut res, conditionibus semel impletis: & nulla omnino licentia sit aliquibus extrinsecus interdictionibus uti & retinere depositi restitutionem: cum & alia multa privilegia tam præcedentibus legislatoribus, quam à nobis ipsis data sunt. Licentia enim est prohibenti redditionem, eum quidem qui creditum est depositum, non molestare: eum verò de rebus quæ in questione sunt, qui aurum aut res aliquas accepturus est, sitem fortis, & iustitiam & legem promereri.] Sed ne per hanc causam damnis magnis subjiciat eum, qui interdictionem suscepit, & compellatur ad defensionem expetere, aut res habere, & non possit voluntarie cum deponente benigne agere: quodsi tale aliquid egerit (omnino enim oportet non solà delictorum nos contentos esse prohibitione, sed etiam timorem inferre iustum transgressoribus) sive perditionem contigerit rerum, aut pecuniarum fieri, & hoc probetur, sive aliam quemcumque casum fortuitum, ipsi sum respiciere, qui contestationem dixerit. Insuper etiam, ex quo facta est hujusmodi contestatio, usuras pecuniariæ usque ad tertiam centesimam agnoscere prohibentem accipere propria: non solum si aurum fuerit quod depositum est, restitui verò prohibetur, sed & si alie res sint: ut hoc timore fluitorem simul & perverforum malignè versandi in depositionibus homines cessent.] Hæcenus Novellæ cap. 1. nam cap. 2. est de Pensionibus. Et hæc de Contractu Depositi.



CAPUT