



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Tractatus Exegeticus Ad Librum III. Decretalium Gregorii
IX. Contractus in specie secundum rubricarum ordinem
exponens**

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. III. De Effectu Commodati.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-63816](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-63816)

summa de juvene quodam, qui immensam pecuniarum summam commodatò accepit, & arca sua reclusit, tantum, ut amicos puellæ cujusdam, quam deperibat, falleret, qui, falsa divitiarum simulatione persuasi, nuptias illas deceptorì conciliârunt. Denique etiam

commodari possunt res *sacræ*, non tamen aliter, quàm ad usum sacrum, quia etsi dicantur esse extra commercium humanum, id tamen haud alio sensu intelligendum est, quàm quod nequeat pro illis dari aliquid temporale. Clariss. D. Placidus Böckhn in *Coment. ad b. t. n. s.*

§. III.

De Effectu Commodati.

SUMMARI A.

8. Effectus tum ex parte commodantis, tum ex parte commodatarii recensetur. 9. Ad quam culpam commodatarius teneatur, hæc questio triplici responsione resolvitur. 10. De Jure Romano casum fortuitum non præstat, licet de Jure Germanico aliqui contrarium velint. 11. Fallit tamen, si culpa Commodatarii casum præcessit. 12. Item, si Commodatarius ultro periculum casus in se suscepit. 13. Quod latius exponitur. 14. Contrarius est Harpprecht. 15. Cujus argumenta resolvuntur. 16. Rursus tenetur Commodatarius casum fortuitum præstare, si post usum rei commodatæ adhuc morosus sit in restituendo. 17. Quid autem, si tertius, non ipse Commodatarius damnum inferat? non teneri tunc Commodatarium nostra est Sententia. 18. Nec præstat casum, si res commodata æque apud commodantem casu periisset. 19. Quid si res commodata estimatò data sit? 20. Cujus periculo sit damnum, si res à commodante ad Commodatarium missa, culpa transferentis pereat? hæc questio triplici responsione resolvitur. 21. An in casu incendii v.g. Commodatarius, dum utrasque salvare nequit, res suas commodatis præferre possit? 22. Opposita contra nostram Conclusionem resolvuntur. 23. Ulterius proposita questio explanatur. 24. An in Commodato locum habeat compensatio? exponitur paucis, quid sit compensatio. 25. Et resolvitur, quod propriè talis locum non habeat. 26. Bene verò impropria. 27. Et certo casu etiam propria. 28. Effectus Commodati recensetur. 29. Commodatarius tenetur rem commodatam restituere, tametsi uti nequiverit.

8 **E**ffectus commodati consistit in obligationibus, quas tum *commodatarius*, tum *commodans* subit. Ille principaliter obligatur, & quidem ad rem commodatam cum omni causa, & accessionibus, finito usu, in specie juridica, sive (ut Philosophi loquuntur) in individuo restituendam, Ille

minus principaliter, ad commodatarium indemnem servandum, atque adeo ad rem, usu nondum finito, non repetendam, & ad expensas, si quas commodatarius necessario fecit, refundendas. *l. 17. §. 3. & l. seq. §. 2. & 3. ff. b. t.*

Jam plures quæstiones veniunt enodandæ. Et quidem I. quæritur, ad quam

quam culpam commodatarius teneatur? Huic quaestioni triplici responsione satisfacimus.

Resp. I. si res commodata in unius duntaxat accipientis commodum sit data (id quod communiter fieri solet) tenebitur commodatarius ad culpam levissimam. Textus in *cap. un. b. t. & l. 18. ff. eod. l. 1. §. is verò ff. de O. & A.* adeoque non suffecerit, si commodatarius rebus commodatis eam, quam suis, diligentiam adhibeat, sed ad exactissimam tenebitur. Ratio hæc reddi potest, quod, quò majus est beneficium, eò magis de damno patroni vitando cavendum est.

Dices: in *§. 2. J. Q. M. R. C. O.* commodatarius exactam duntaxat diligentiam præstare jubetur, & in *l. 5. §. 5. ff. b. t.* Ulpianus diligentem solum custodiam requirit: ergo non tenetur ad diligentiam exactissimam. Resp. et si positivus regulariter includat superlativum, aliud tamen dicendum est, si materia substrata, & natura contractus id exigat, præsertim, si quod uni legi deest, suppleatur ex altera, uti hic ex *l. 18. ff. b. t. & l. 1. ff. de O. & A.* ubi expressè de exactissima, diligentia mentio fit. Deinde objectæ LL. non loquuntur simpliciter de exacta diligentia sed cum addito: sane exacta, planè diligenti custodia quod idem est, ac valde exacta, seu exactissima, uti ex aliis textibus colligitur. Harpprecht ad *Tit. J. Quib. mod. re contrah. §. 2. num. 24. & seqq.*

Resp. II. si commodatum in gratiam utriusque tam dantis, quam accipientis tendat, ut, si v. g. vasa aurea data sint ad excipiendum hospitio communem commodantis, & commodatarii

amicum, culpam duntaxat latam, & levem præstabit commodatarius. *l. 18. v. at si utriusque ff. b. t.* cum enim utriusque vertatur utilitas, & commodatarius minus beneficium accipiat, æquum haud est, ut ad exactissimam diligentiam obligetur.

Resp. III. si commodatum solius commodantis utilitatem respiciat, ut contingere potest, si quis sponse suæ, quo honestius culta ad se deducatur, ornamenta commodet, juxta *l. 5. §. 10. ff. b. t.* Commodatarius dolum tantum, & culpam latam præstare tenetur, quia scilicet commodatarius hoc pacto potius præstat, quam accipit beneficium, adeoque ad exactissimam diligentiam obligandus non est. Idem videtur dicendum, si commodans ultrò, & non rogatus commodatum offerat, ut colligitur ex *d. l. 5. §. 10. ff. b. t.* ibi: *vel ipsi Pratori quis ultrò commodavit.*

Quæritur II. An commodatarius teneatur de casu fortuito? Respondeo negativè. *cap. un. b. t. l. 5. §. 4. l. 18. princ. ff. b. t. l. 1. C. eod. l. 1. §. 4. ff. de O. & A. l. 23. ff. de R. J.* in his enim contractibus, per quos dominium non transfertur, res perit suo domino. *l. 9. C. de Pignorat. act.* & hoc quidem de jure Romano certum & indubitatum est: at jure Germanorum prisco commodatarium ad casum quoque præstandum fuisse obligatum, patet ex speculo Saxonico *lib. 3. art. 5.* & pluribus comprobatur contra Colerum Schilterus in *Prax. Jur. Rom. Exercit. 25. §. 16. & 2. seqq.* qui tamen in *§. 19.* fatetur, sententiam Coleri in foro prævaluisse, & ubique locorum jam usu receptam esse. Puffendorffius nihilominus Jus Germanorum hodie Juri Romano præfe-

rendum esse existimat, eo casu, quo res commodata, quæ apud commodatarium casu periit, non æque apud comodantem interiisset, cum alias (sunt ejus verba de *Jur. Natur. & Gent. lib. 5. cap. 3. §. 6.*) *mea mihi benignitas nimio constaret, si præter usum gratuitum re, quoque ipsa mihi sit carendum, quam non eram perditurus, absque altero si fuisset. Neque apparet, cur ipse magis, quam aliter infortunium præstare debeam, cum hic utique occasionem præbuerit, ut idem rem meam incurrere posset.* Verùm præten-
sa hæc æquitas tanti non est, ut nobis recessum à Jure communi persuadeat. Sit, ut opinatur Puffendorffius, iniquum, ut commodanti hoc pacto sua liberalitas noceat, multò sanè iniquius foret, commodatarium majus ex com-
modato periculum sustinere, & damnum metuere, quam ea ipsa, quam percipit, utilitas est. Accedit, quod commodatario plerumque cum com-
modato etiam propriæ res pereant. Hunc itaque præterea restitutione com-
modati onerare, sanè impium foret. Ergo æquitati non repugnat, com-
modantem damnum, quod occasione li-
beralitatæ suæ sentit, inter cæteros ca-
sus fortuitos referre. Neque Puffen-
dorffio suffragatur Jus Divinum quod
Exod. 22. v. 14. & seq. distinguit, utrum
comodans absens fuerit, cum res com-
modata periret, an præsens: atque illo
casu commodatarium ad restituendum
obligat, hoc autem absolvit. Verba tex-
tus sic se habent: *Qui autem proximo suo
quidquam horum (scilicet bovem, asi-
num, aut ovem, de quibus in Versu 10.
meminit) mutuo postulaverit, & debili-
tatum, aut mortuum fuerit, Domino non
præsente, reddere compelletur: Quodsi in-*

præsentiæ dominus fuerit, non restituet.
Ad hunc textum respondetur, quod
ideo commodatarius, si domino absen-
te res commodata periit, damnum com-
modanti resarcire jubeatur, quia præ-
sumitur, non omnem, quam debuisset,
diligentiam in conservationem rei im-
pendisse; adeoque extra culpam non
fuisse; econtrà ubi dominus præsens
casum fortuitum intercessisse vidit, re-
ctè ab onere restitutionis comodatari-
us absolvitur, cum pateat eum culpa-
biliter in re non fuisse versatum. Ita
belle contra Puffendorffium ratiocina-
tur Leyserus *Vol. 3. Medit. ad Pandect.
specim. 153. n. 4.* quem sequimur. In-
terim regula à nobis posita tam firma
non est, quin suas patiat fallentias,
atque commodatarius præstationi casus
substernatur.

Fallit I. Si culpa commodatarii ca-
sum præcessit, ut *si equum tibi commo-
davi, ut ad villam adduceres, tu ad bel-
lum duxeris, commodati teneberis,* sunt
verba Ulpiani in *l. 5. §. 7. ff. b. t.* Vid.
*l. 18. princ. ff. eod. & l. 25. §. 4. ff. lo-
cat.*

Sed quis tenebitur probare, culpam
intervenisse? Respondeo cum distin-
ctione. Vel enim casus est, qui inopi-
natò contingere solet, & cui resisti ne-
quit, uti est vis latronum, impetus
aquarum &c. vel talis est, qui commu-
niter citra culpam non contingit, ut
furtum, incendium domesticum &c. in
illis præsumptio erit pro reo, & ideo
probatio incumbet alleganti; secus in
istis. *l. 9. §. 4. ff. locat.*

Fallit II. Si commodatarius ultrò
periculum eventus fortuiti in se susce-
perit. *cap. un. §. l. 1. C. b. t.* contractus
enim ex conventionem partium legem ac-
ci-

cipiunt. *cap. 85. de R. J. in 6. l. 23. ff. cod. l. 1. §. 6. ff. deposit.* Nec tale pactum repugnat substantiæ contractus commodati, quia commodatarius non vi commodati, sed ex pacto specialiter adjecto ad casum præstandum se obligavit: unde talis, etsi rem suo periculo accipiat, tamen ad certum duntaxat usum, & tempus habere censetur, & si aliter usus fuerit, furti tenebitur. *§. 6. J. de oblig. qua ex delict.*

13 Ut porro de sensu hujus fallentiæ tibi plenius constet, nota ex Panormitano in *cap. un. h. t. num. 18.* ad hoc, ut commodatarius ex tali susceptione periculi obligetur, non sufficere quodcumque pactum generale omne periculum in se suscipiendi, sed requiri, ut saltem unum vel alterum casum in specie exprimat, & clausulam adjungat etiam de aliis casibus non expressis, similibus tamen, & non infrequentioribus, ut recipio v. g. in me periculum incendii, & similia casuum arg. *cap. 4. de Procurat. in 6. fundatur hæc limitatio in l. 4. §. 4. ff. si quis cautionibus &c.* ubi expressè dicitur, non posse in genere conveniri, ut nulla exceptione de casu fortuito quocumque obstante teneatur de iudicio fisci, sed causas exceptionum specialiter exprimendas esse, quibus à promissore sponte renuntietur.

14 Hanc tamen limitationem non recipit Harpprecht ad *§. 2. J. Q. M. R. C. O. num. 35. & seqq.* cum aliis ibidem allegatis, sed iudicat, sufficere pactum generale de omni periculo, & casu fortuito præstando, motus sequentibus argumentis I. in *l. 1. & l. 7. §. 7. ff. & l. fin. C. de Pact.* pro inconcussa regula statuitur, omnium pactorum fidem servandam esse, nisi aliqua juris ratio obstet;

atqui isti pacto generali nihil obstat: ergo. II. Tantum valet genus, quantum omnium specierum enumeratio. *l. 79. princ. ff. de Legat. 3. l. 4. C. de Prescript. 30. vel 40. Ann.* ergo tantundem valebit pactum generale, in nostra hypothesis, quantum specifica casuum expressio. III. Pacto generali standum est in locato fuado *l. 9. §. 2. ff. locat.* ergo etiam hic. IV. Creditor à petitione debiti submovetur, si inter ipsum, & debitorem generaliter convénit, ut amissio pignorum liberet debitorem. *l. 6. C. de Pignorat. act.* ergo idem dicendum in nostro casu. V. Valet conventio generalis, qua depositarius omne periculum præstat, sub quo utique etiam casus fortuiti veniunt *l. 7. §. 15. ff. de Pact. l. 39. ff. Mand.* ergo similiter de pacto generali ipsius commodatarii discurrendum est.

Verùm adducta fundamenta tanti roboris nobis esse non videntur, quin congrua responsione iis satisfieri possit. Ad I. igitur negamus *min.* jus ejusmodi pacto non resistere; nam si ad omne pactum, ut obliget, de jure requiritur duarum voluntatum in idem placitum consensus *cit. l. 1. ff. de Pact.* profectò hoc pactum generale, de quo loquimur, commodatarium stringere nequit, utpote, qui de casibus insolitis nequidem cogitasse præsumitur. Vide bona Textum in *l. 78. §. ult. ff. de Contrab. empt. Gail. l. 2. observ. 23. n. 18.* Ad II. negamus, universaliter verum esse, quod tantum valeat genus, quantum singularum specierum enumeratio, id quod ex ipsa allegata *l. 79. §. 1. ff. de Legat. 3.* probatur, ubi Celsus sic inquit. *His verbis, QUÆ IBI MOBILIA MEA ERUNT, DO, LEGO* (Ecce genus)

nummos ibi repositos, ut mutui darentur, non esse Legatos, Proculus ait: at eos, quos praesidii causa repositos habet, eos Legato contineri? Cur ita? quia respectu pecuniae prioris defecit voluntas legantis, utpote, quam fœnori exponi voluit; ideoque, tametsi generaliter legasset, omnes res mobiles, quas ibi habebat, pecunia tamen, ut mutuò daretur, ibi reposita, sub illo generali Legato non comprehendebatur: ergo universaliter verum non est, quod tantum valeat genus, quantum omnium specierum enumeratio. *l. 4. cit. de Praescript. 30. vel 40. Ann.* similiter AA. non favet, nam, etsi ibidem dici videatur, quod expressio generis idem operetur, ac si omnes species forent expressae, id tamen ad aliam facti speciem, quam, de qua ibi Textus loquitur, non est extendenda, ob peculiarem rationem, quam Imperator in *princ. l. assignat, omnes nocendi quibuslibet modis artes omnibus amputantes* &c. & ideò Brunneman. ad *cit. l. n. 4.* bene scribit, hanc Regulam fallere in renuntiatione casuum fortuitorum *l. 4. §. 4. ff. si quis cautionibus* &c. item in negotiis, quae speciale mandatum requirunt. *l. 25. ff. de Min. C. 60. ff. de Procurat.* in rebus, quae quis probabiliter non esset obligaturus. *l. 6. ff. de Pignor.* & in genere, ubi specialium alia est ratio. Ad III. rursus negatur, pactum, de quo Julianus in *cit. l. 9. §. 2. ff. loc.* loquitur, esse generale; tametsi secundum verborum corticem tale videatur; loquitur enim de pacto, quo conductor vim majorem, si quae rei conductae acciderit, se praestaturum pollicetur. Per vim autem majorem non quoscunque casus fortuitos intelligimus, sed illos duntaxat, quae divinitus quasi accidunt,

ut sunt fulgura, grandines, terrae motus &c. & ideo *vis Divina*, *Grtes Schickung* dicitur, unde, qui ejusmodi casus in se recipit, speciali, non generali pacto se obligare censetur. Ad IV. dico, *cit. l. 6. C. de Pignorat. act.* non de conventionione generali, sed specifica expressione casuum fortuitorum exaudiendum esse: oportet enim verba LL. sic interpretari, ut eum sensum referant, quem contrahentes in animo plerumque, aut saltem non infrequenter habere praesumuntur: Non est autem praesumendum, contrahentes se, velle, citra quod natura contractus exigat, obligare, nisi id ipsum specificè exprimant, quapropter generalis conventio promittentem ad insolita non stringit. Ad V. respondeo, *l. 7. §. 15. ff. de Pact. l. 39. ff. Mand.* extra rhombum versari, nam etsi ibidem dicatur, valere pactum, quo deponens convenit cum depositario, ut is *omne periculum* praestet, malè tamen ex eo inferitur, ipsum quoque ad casus fortuitos quoscunque praestandos devinctum esse. Etenim, cum in contractu *depositi*, dolus duntaxat, & culpa lata praestetur, idcirco, si depositarius omne periculum in se recipit, censetur, se ad diligentiam majorem, quam natura hujus contractus exigat, voluisse obligare, adeoque ad culpam levissimam, non verò ad casus fortuitos. Ita perspicue decisum est in *l. 1. §. 35. ff. Deposit.* At qui jam hæc oppositio nos non ferit,

Fallit III. Regula superius posita in 16 commodatario post usum in re commodata moras neccente, qui subinde de casu quoque fortuito tenetur. *cap. un. b. t. l. 5. ff. de R. C.* Ratio est, quod mora cuique sua, non alteri noceat, *cap.*

cap. 25. de R. J. in 6. idque procedit, etiam eo casu, quo commodatarius ultra tempus conventionis ex præsumpta domini licentia re commodata utitur; nam præsumptio isthæ ipsum quidem excusat à furto usus, non tamen facit, ut debitor non sit in mora, adeoque teneatur de casu fortuito d. l. 5. Quod si verò mora inculpabilis foret, ut si legitime impeditus esset, aut bona fide existimaret se non debere, ideoque iudicio contenderet, quanquam post litem contestatam res casu fortuito periret, non tenebitur ad præstandum damnum; qui enim sine dolo malo ad iudicium provocat, non censetur moram facere. l. 43. ff. de R. J. l. 40. ff. de Hered. petit. l. 16. ff. de R. V. Nec obstat, quòd post litem contestatam omnes incipient esse malæ fidei possessores per l. 25. §. 7. de H. P. Nam hoc est intelligendum quoad alios effectus, ut quoad restitutionum fructuum post litem contestatam perceptorum, non verò in ordine ad casum fortuitum, cum litem bona fide incipient. Layman lib. 3. tr. 2. cap. 4. num. 1.

37 Sed quid si damnum rei commodatæ tertius inferat, ut, si stabularius equum commodatum in stabulo collocatum negligat, sine ulla commodatarii culpa (qui casus facile evenire potest) an commodatarius tenebitur de damno dato? Respondeo negativè. Textus est in l. 19. ff. h. t. & facit ratio, quod ad damnum, casu fortuito obveniens sine culpa nostra, non teneamur ex dictis; atqui tale damnum ab alio datum censetur respectu commodatarii esse casus fortuitus, quem nec diligentissimus præcavere potest, cum omnes viatores ejusmodi famulis equos suos

committere soleant. Verùm d. l. 19. è diametro opponitur l. 41. ff. locat. ubi Marcelli sententia probatur, qui dicit, de damno à tertio dato interdum agi posse cum commodatario sive custodiri potuit. nè damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit. Ut antinomiam harum LL. evitemus, dicendum existimo, hoc ipso, quod Marcellus in cit. l. 41. dicat, INTERDUM agi posse cum commodatario, fateatur, regulariter agi non posse. Nam pro explicando adverbio INTERDUM duos casus ponit I. si res commodata custodiri potuit. II. si custos damnum dedit. In primo agnoscit culpam commodatarii saltem levissimam; similiter in secundo, utpote qui talem custodem adhibuit, à quo prudenter poterat timeri damnum.

At quid si res, quæ ob moram culpabilem commodatarii casu fortuito perit, etiam apud commodantem periisset, an nihilominus commodatarius casum præstare tenebitur? Respondeo negativè. Textus in l. 14. §. 1. in fin. ff. Deposit. quia tunc mora commodatarii non propriè fuit causa interitus, cum æque apud commodantem peritura fuisset. Fur tamen, raptor, aut alius violentus invasor, apud quem res casu perit, æque peritura apud dominum, nihilominus æstimationem rei restituere tenetur, in odium scilicet furti, vel rapinæ. arg. l. 1. §. 34. & l. penult. ff. de vi & vi.

Sunt, qui existiment, eo quoque casu commodatarium de casu fortuito teneri, quando res commodata æstimatò data est, v. g. si concedens rem pretiosam, expressè addat, se eam æstimare centum aureis, moti textu l. 5. §. 3. ff. h. t. ubi sic Ulpianus: Et si fortè res æstimata

mata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit. Hostiens. *hic in summa* Mozzius *de contract. ad h. t. de rebus, quæ commodat. num. 6. & seq.* Lauterbach eum aliis à se relatis *hic §. 22.* & cum primis Bartolus, qui has regulas constituit, ut, si dicta æstimatio tali contractui apponatur, cujus naturæ repugnat, dominium in alium transferri, v. g. *locato, deposito, commodato &c.* tunc illa venditionem quidem non inducat, arctiorem tamen obligationem, ac natura contractus aliàs postulare, imponat, ita, ut si quis ex contractu teneatur ad culpam levissimam, adjecta æstimatio faciat, ut jam teneatur etiam de casu fortuito: sin verò ex contractu culpam duntaxat levem præstare teneatur, accedente hac æstimatione culpa ipsi levissima præstanda sit. Quod si verò memorata æstimatio adjiciatur illis contractibus, quorum naturæ non repugnat, rei dominium transferri, vel pro parte, ut in *Societate*, vel in totum, ut in *dotis datione*, tunc talis æstimatio operetur *venditionem*, & periculum vel pro parte, vel in totum transferatur. Videntur hæc duæ Regulæ esse fundatæ tum in *cit. l. 5. §. 3. ff. b. t.* tum in *l. 3. l. 54. §. ult. ff. locat. l. 1. §. ult. ff. de æstimat. act. l. 10. §. 16. ff. de jur. Dot.*

Panormitanus *hic num. 23.* Zoësius *ad ff. b. t. num. 10.* & alii distinguunt, ita, ut allatam Bartoli Regulam admittant quidem in contractibus, quorum natura talis est, ut dominium transferri, & adjecta æstimatio venditionem operari possit, ut in fundo *æstimato* in dotem dato. *l. 10. ff. l. 5. C. de jur. Dot.* ut proinde ibi accipiens teneatur de casu fortuito. In aliis verò contractibus,

quorum natura non patitur, transferri dominium, adjecta æstimatio tantum abest, ut venditionem, & casus fortuiti periculum transferat, ut nec majori quidem obligatione, quam ipsa contractus natura secumferat, contrahentem oneret, sed id duntaxat operetur, ut si res culpa commodatarii seu levi, seu levissima perierit, ex illa æstimatione apposita sciat, quantum restituere debeat, ne dominus rei peremptæ pretium primum probare cogatur. Quod si verò non simpliciter, sed cum expresso pacto æstimatio adjecta fuerit, ut res eadem vel pretium restituatur, tunc erit venditio ex pacto, & eo casu *LL. allegatæ* procedunt. Et hæc Responsio confirmatur optime ex *cap. un. h. t.* ubi Pontifex tres solum casus excipit, quibus fortuitus rei interitus præstandus. Deinde, si *generale* pactum, ut supra docuimus, quo commodatarius omne rei periculum in se recipit, non includit casum fortuitum, specialiter non expressum, multo minus id efficiet simplex rei æstimatio. Accedit, quod communiter homines nil minus cogitent, quàm de tali obligatione, de qua inter ipsos quoque jurisperitos non convenit, unde subintrat illa juris maxima: *Contra illum facienda est interpretatio, qui legem dicere potuit apertius. cap. 57. de R. J. in 6.* Et huic sententiæ subscribunt præter Molin. *de J. & J. disput. 295. num. 9. & seq.* Stryck. *in U. M. §. 4. b. t.* & novissimè Clariss. D. P. Placidus Böckhn in *Comment. ad h. t. num. 15.*

Quæritur III. Cujus periculo sit ²⁰ damnum, si res commodata, à commodatario ad commodantem transferenda, per ipsum nuncium fuerit aversa, aut alio

alio casu fortuito perierit? Huic quaestioni una responsione satisfieri nequit. Unde

Respondeo I. Si commodans nuncium misit ad rem repetendam vi, si res casu fortuito, aut culpa nuncii pereat, rei commodatae jacturam ferre debet. *l. 10. §. 1. l. 12. §. 1. ff. b. t.* quia res semper perit suo domino, quotiescunque culpa alterius non perit.

Respondeo II. Si commodatarius nuncio ad se à commodante in eum duntaxat finem misso, ut eum de reddendo commodato moneret, rem commodatam dederit perferendam, eaque perierit, periculo commodatarii erit. *d. l. 12. §. 1. §. si commonendi.*

Respondeo III. Si commodatarius nuntium miserit, servum, quem haecenus constanter fidelem expertus est, & casu res perit, puta, quod à praedonibus v. g. ei ablata, damno commodantis, non commodatarii perit *l. 20. ff. b. t.* quia hoc casu commodatarius culpam tantum praestat *l. 10. in fin. l. 18. princ. ff. b. t.* in culpa autem non censetur esse, qui tali homini rem perferendam commisit *Arg. l. 20. ff. b. t. l. fin. ff. Quod cum eo, qui in alter.* Secus commodatarium teneri dicimus, si homini, de cujus fide sibi satis non constabat, rem perferendam tradidit *l. 11. §. seq. ff. b. t.* Vid. de hac quaestione fusiùs agentem Oldendorp. *class. 4. Act. 15. vers. Sed quid de dolo vel culpa nuntii &c.*

21 Quares IV. An in casu subitanei periculi, v. g. incendii, naufragii &c. quo commodatarius tam res proprias, quam commodatas simul salvare nequit, neglectis commodatis, suas praeferre, & periculo eripere possit? Intricata hac est quaestio, quae haecenus in diversas

sententias DD. animos abstraxit. Non vacat singulorum sensa referre. Mentem meam per distinctas assertiones aperio.

Dico igitur I. Si contractus commodati in solius commodatarii utilitatem (ut communiter fieri solet) celebratus fuit, & res commodata aequè pretiosae, aut pretiosiores fuerint, atque sunt propriae ipsius commodatarii, nec utrasque praesenti periculo subducere possit, tenetur, relictis propriis, servare commodatas, aut, si proprias praetulerit, praestare commodanti aestimationem. Ratio est, quod commodatarius teneatur eam diligentiam impendere conservandis rebus commodatis, quam diligentissimus paterfamilias, & dominus rerum illarum impendisset; sed dominus rerum commodatarum in concursu alienarum non magis pretiosarum, aut viliorum utique suas praetulisset alienis: ergò &c.

Dico II. Si res commodatae sint viliores, quam propriae, & ambae salvari nequeant, poterit quidem salvare res proprias, relictis commodatis, ita tamen, ut harum pretium refundat commodanti. *Molin. de 7. §. 7. Tract. 2. disp. 296. num. 6. Haunold. Tract. 10. cap. 7. contrav. 7. num. 744. §. seq.* Ratio prioris membri est, quod salvando res pretiosiores implet officium exactissimi patrisfamilias: ita enim quemque sagacem hominem comparatum esse, persuasi sumus, ut nolit perire res pretiosiores, quò possit salvare viliores. Ratio posterioris est, quia talis commodatarius, cujus solius commodum agitur, tenetur cum aequali rerum suarum jactura ad diligentiam exactissimam: ergò solum quoad excessum majoris va-

(F)

lo-

loris poterit rem suam pretiosorem salvare, non tamen, ut commodans per hoc jacturam commodati patiat, sed quoad hoc ipsum indemnem servare debet, in quo servatur aequalitas, quia dempto excessu, in quo res commodatarii pretio superavit rem commodatam, commodans utique rem commodatam propriam praeferat alienae.

22 Nec dicas: Si commodatario licet res suas pretiosiores salvare, relictis commodatis, omissio haec ipsi in culpam imputari non potest: ergo etiam onere restitutionis gravari non debet, cum non nisi ex culpa conveniri queat *cap. unic. h. t. lib. 5. §. 2. ff. eod.* Respondeo, factum quidem commodatarii, res suas pretiosiores salvantis non esse culpabile; at vero animus, & intentio nil refundendi commodanti, damnum passo, culpa non vacat, & hoc ideo, ne commodans ex suo beneficio, quod nemini damnosum esse debet, *l. 140. ff. de R. J.* damnum sentiat, maxime in hoc negotio, ubi solius commodatarii utilitas vertitur, cum Africanus in *l. 61. §. 5. de Furt.* dicat, *multo aequius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa suscepit, damnosum esse.*

Nec dicas contra primum membrum conclusionis. Commodatarius tenetur rebus commodatis exactiorem diligentiam adhibere, quam propriis, per Textum expressum in *l. 3. ff. de peric. & commod. rei vend.* non ex lege tantum charitatis, sed justitiae, vi contractus ipsum obligantis: ergo nullo unquam casu, citra quod laedat justitiam, & violent fidem contractus, fas ei erit, res suas, utut pretiosiores, rebus commodatis praeferre. Respondeo, falsum esse,

quod commodatarius in data hypothese fidem contractus infringat, nam, et si negare non possumus, ad exactiorem diligentiam rebus commodatis impendendam ipsum ex natura contractus obstringi, id tamen regulariter tantummodo obtinet, ubi nempe commodatarius omnem percipit utilitatem: Quod si vero commodatarius occasione rei commodatae jacturam rerum suarum magis pretiosarum subire necesse haberet, eo casu negamus, ipsum ad exactiorem diligentiam in rebus commodatis, quam propriis teneri: sicut enim beneficium beneficienti fraudi esse non debet; ita in odium beneficiarii detorqueri non convenit, quod in ejus favorem noscitur esse introductum. Et ideo Jurisconsultus Ulpianus in *l. 5. §. 4. ff. h. t.* Consulto dixit, si quid damni in re commodata acciderit, non esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat, culpa autem est omissio diligentiae debitae. Non est ergo commodatarius culpabilis, qui id, non fecit, quod facere non debuit.

Dico III. Si commodatum respiciat utilitatem utriusque & res commodatae sunt pretiosiores, quam propriae, commodatarius tenetur servare commodatas praeter proprias: si vero sint aequae pretiosae, poterit res proprias anteferre commodatis. Ratio prioris est, quod teneatur tunc ad culpam levem; adeoque ad exactam diligentiam, qua diligens paterfamilias utique res viliores postponeret pretiosioribus. Ratio posterioris est, quod non appareat major ratio, cur commodatarius in communi periculo caeteris paribus magis alteri, quam sibi consulere debeat, sed potius tunc locum habebit illa juris gnoma ex *l. 9.*

l. 9. C. de Pignorat. act. quod res quælibet pereat suo domino. *Molin. cit. disput. n. 7. Haunold. n. 748.*

Dico IV. Si commodatum factum est in gratiam solius commodantis, non tenetur commodatarius res commodatas, tametsi pretiosiores, suis præferre. Ita contra Molinam, & Haunoldum. Ratio est, quod hoc casu commodatarius tantum de dolo, & culpa lata teneatur, *l. 5. §. 10. ff. h. t.* hanc verò vel ideò abesse constat, quod in pari causa ordinata charitas incipiat à se ipsa *arg. l. 6. C. de Servit. §. aq.* hinc culpa vacare dicitur in *l. 14. princ. ff. de Præscript. verb.* qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit. *Knipschild de Contract. Exercit. 3. Q. 8.*

Dico V. Si commodatarius res suas omnes tam pretiosas, quàm non pretiosas flammis v. g. subduxit, relictis solis rebus commodatis, aut dolum, aut saltem culpam latam admisisse præsumitur; adeoque ad refundendam æstimationem rei commodatæ igni absumpta tenebitur, nisi hanc præsumptionem, quæ *juris*, & *de jure* non est, contraria præsumptione elidat. Et hoc videtur innuere Pontifex in *cap. 2. de Deposit.* dicens: *Bona fides abesse præsumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti*, & *Ulpianus in sæpè cit. l. 5. §. 4. ff. h. t.* inquires, non teneri commodatarium, nisi fortè, cum possit res commodatas salvas facere, suas prætulit.

24 Quæres V. An in commodato locum inveniat compensatio? Ante resolutionem quæstionis nota, compensationem nihil aliud esse, quàm debiti, & crediti inter se contributionem *l. 1. ff. de Compensat.* & habere effectum solutio-

nis *l. 10. §. 1. ff. eod.* Quò verò compensationi locus sit, sequentia concurrere debent. I. Debet esse mutuum debitum, & creditum *l. 2. l. 12. in fin. ff. cit. tit.* II. Inter eundem debitorem, & creditorem; debitum quippe tertii in compensationem deducere non licet reo, invito actore, nisi tertius reo convento suum cessisset nomen *l. 9. C. d. t.* aut nisi tertii debitum actoris quoque debitum esse videatur, ut in fidejussore apparet, qui compensare potest, quod reo debetur *l. 4. §. 5. ff. d. t.* Alia exempla refert *Boehmerus in introd. ad Jus digest. ad Tit. de Compensat. num. 6.* III. Debitum debet esse verum, hoc est, quod vel jure naturæ tantum, vel etiam jure simul positivo debetur *l. 6. ff. de Compensat. l. 2. C. eod. l. 8. ff. de Except. doli l. 64. ff. de Condict. indebit.* Debitum mere civile, & quod per exceptionem perpetuam, vel temporalem elidi potest, compensationem respuit *l. 14. ff. de Compensat.* IV. Ut debeatur utrinque genus, hoc est, ut res compensandæ sub uno, non diverso genere contineantur, sintque ejusdem bonitatis, & valoris, v. g. pecunia, frumentum, vinum, oleum, quæ res functionem recipiunt in genere suo, & communiter in commercium humanum venire solent per ponderationem, mensuram, aut numerationem: unde vinum cum frumento compensari nequit, quia sunt diversi generis, nec species cum specie, v. g. equus cum bove, quin nec tunc, si ejusdem quidem sint speciei, non tamen constitunt in numero, pondere, aut mensura. Ut, si debeatur equus, & compensatio vellet fieri in alio equo, compensatio fieri non posset *l. 4. C. de Compensat.* V. Debitum debet esse liquidum, tali-

ter, ut palam sit, quid, quale, quantumque debeat *l. fin. §. 1. C. de Compensat.* VI. Demum debitum utrinque purum, & statim exigibile sit, oportet; ac subindè, quod sub conditione, aut in diem debetur, compensari nequit *l. 7. princ. ff. d. t.* Hæc de compensatione propria compendio retulisse sufficiat. Est & alia compensatio *impropria*, vel juxta Panormitanum *ad cap. 2. de Depos. num. 12. indirec̄ta*, quæ aliàs *retentio* vocatur *l. 1. §. 9. ff. Depos. l. fin. C. b. t.* quæ in hoc differt à compensatione propria, quod per illam tantum differatur restitutio debiti, dum impensæ factæ fuerint solutæ, per hanc verò debitum omninò extingatur, & restitutio denegatur. His præmissis, ad ipsam propositam quæstionem resolvendam accingimur, ubi tamen rursus prænotasse oportet, quæstionem hanc institui tam de compensatione *propria* quàm *impropria*. De debito extraneo, & quod ex causa commodati fluit, atque actione commodati *contraria* peti potest. Et denique, si res commodata non amplius extet, adeoque ejus æstimatio in pecunia restituenda est. De singulis singillatim

25 Dico I. *Compensatio* propriè & strictè talis in *commodato* regulariter locum non habet. Dixi *regulariter*, quam particulam addo propter ea, quæ in *Conclus. IV.* dicturus sum. Probatum jam conclusio ex *l. ult. C. b. t.* ubi dicitur: *Sub pretextu debiti restitutionem commodati non probabiliter recusari.* Hanc quidem *L.* corrigere ausus est Cujacius, quasi mendum irrepisset, & loco *commodati* substituit *commendati*, hoc est, *depositi*, sed sine omni probabili fundamento, cum nullum authenticum ma-

nuscriptum exemplar pro sua explicatione producat, & præterea credendum non est, quòd Imperator hanc *L.* si de *deposito* loqueretur, sub rubrica de *commodato* collocasset. Probatum II. Compensari tantum potest quantitas cum quantitate *l. 4. C. de Compensat. l. 18. ff. de Pignorat. act. l. 15. l. 19. ff. de Compensat.* seu, quæ functionem mutuam recipiunt in genere suo, ut supra dictum est, & constat ex *l. 1. §. 8. §. 11. C. de Compensat.* non verò species cum quantitate, vel vice versa. per *cit. l. 4. C. de Compensat.* & hoc ideò, quia *compensatio* vicem habet *solutionis*, aliud autem pro alio invito creditori solvi nequit. *l. 2. §. 1. ff. de R. C.* ideòque, cum species, quæ regulariter tantum commodari solent *§. 2. J. Q. M. R. C. O.* cum quantitate vice mutua non fungantur, etiam compensari non possunt. Probatum III. Depositum non admittit compensationem *l. 11. C. Deposit. l. ult. C. de Compensat. §. 30. l. de Actiõn.* ergo tanto minus commodatum admittet, cum res commodatæ non tantum, instar rei depositæ, fidei commodatarii sint commissæ, hoc ipso, quod in specie restitui debeant, verum etiam, ultra id comodatarie recipit beneficium propter concessum usum rei commodatæ, quo favore non gaudet depositarius: ergo major in illo, quàm in isto argueretur perfidia, utendo *compensatione*.

Dico II. Si quid commodatario de-²⁶ beatur ex causa commodati, putà propter impensas necessarias, easque non modicas in rem commodatam factas, *compensatio impropria*, sive *retentio* eidem non denegatur, sed poterit tantisper rem commodatam pignoris locò retinere, dum ei ratione impen-

penfarum satisfiat. Textus in *l. 15. §. fin. l. 59. ff. de furt. l. 20. ff. de A. vel A. P. l. 33. ff. de Condiç. indebit. l. 8. ff. de Pignorat. act. §. 37. ff. de Action. Menoch. de recuper. Possess. remed. 15. n. 550.*

Et ratio est, quod retentio sit aliquis defensionis modus, qui omni jure est licitus. Hartm. Pistor. lib. 2. tit. 27. observ. 6. per tot. Gail. lib. 2. observ. 12. num. 6.

Dico III. Retentioni non esse locum in *commodato*, quo commodans aliunde, quam ex contractu commodati commodatario quidquam debet. Quanquam enim jus retentionis sit quædam exceptio, qua res detenta defenditur, donec de debito satisfactum fuerit. *l. fin. C. in quib. caus. pign. tacit. l. 1. C. etiam ob cbiograph. pecun. & consequenter* videri posset, quod etiam ob debitum alienum, ad quod jus strictum agendi commodatarius habet, locum inveniat, per vulgata: cui datur actio, eidem exceptio, siue retentio denegari non debeat. *l. 1. §. 4. ff. de Superficieb. l. 156. ff. de R. J.* Attamen in ejusmodi commodato non procedit, eo, quod debitum, ex quo sibi commodatarius, commodantem obstrictum habet, nullam cum causa commodati connexionem habet: etenim, si non subsit causa, quæ retinendæ rei cohæreat, vel ex lege, vel conventionem, aut æquitate, quarum multas species refert, & explicat Colerus *de Process. Execut. part. 1. cap. 2. num. 219.* & pluribus seqq. retentio jure reprobata est. *Mev. part. 2. decis. 214. & decis. 309.* Gail. lib. 2. observ. 12. num. 5. atqui non apparet quædam æquitas, quæ jus retentionis in simili casu commodatario tribueret, quin potius is antidotali obligationi

graviter contraveniret, ut qui benefactorem suum, à quo rei commodatæ usum gratis accepit, in vicem gratitudinis rei suæ usu defraudaret. Vid. Clariss. P. Böckhn in *Comment. hic n. 8.*

Dico IV. Quod si res commodata 27 periit, aut deteriorata fuit; adeoque ejus æstimatio præstanda est, compensatio etiam propriè, & strictè talis admittitur. Textus in *l. 18. §. fin. ff. b. tit.* Et ratio est, quod hoc casu non amplius species debeat, sed *quantitas*, ideò mirum non est, si debitum pecuniarium, ex contractu commodati resultans, compensari possit cum debito pecuniario, ex alio contractu resultante, quia nimirum adest materia habilis *compensationis*, scilicet *quantitas cum quantitate.* Molin. *disp. 297. num. 11. & disput. 558. num. 19.* Haunold. *tract. 10. cap. 7. Controv. 6. num. 739.* Harpprecht ad *cit. §. 2. l. num. 57.*

Qui simpliciter affirmant, commodatum compensationem propriam admittere, fundant se in *§. 30. Inst. de act. & l. ult. C. de Compensat.* ubi *sola actio depositi* excipitur: ergo à sensu contrario jura compensationem concedunt in aliis contractibus. Respondeo I. argumentum à contrario non bene concludere, quando adest Textus expressus, ut est *l. fin. C. b. t.* II. Etsi in *cit. §. 30. Inst. de action. dicatur, sola depositi actione excepta*, tamen hujus, & similium particularum v. g. *tantum, duntaxat &c.* tanta non est vis, ut alios casus, quibus par, aut major subest ratio, excludant. Sic enim in *l. 12. C. de prædiis Minor.* dicitur, ob æs alienum tantum causa cognita præsidali decreto prædia minoris distrahi posse, & nihilominus in *l. fin. C. si major. fact. alienar.* dicitur, prædia propter

pter nuptias sine decreto alienari posse. Vid. Hunnium in *tract. de interpret. Jur. cap. 16.* Hactenus de effectu commodati proximo.

28 Effectus remotus est actio *directa*, & *contraria*. Illa datur commodanti, & ejus hæredibus, adversus commodatarium & ejus hæredem *in solidum*, si solus hæres est, aliàs pro parte, pro qua hæres est: nisi, cum habuisset facultatem totius rei restituendæ, eam omiserit, tunc enim *in solidum* condemnabitur. *l. 3. §. 3. ff. b. t.* petitur hac actione, ut res commodata constituto loco, & tempore, & non deteriorata restituatur *l. 5. princ. l. 17. §. 3. ff. b. t.* res quippe deterior reddita, reddi non videtur. *l. 3. §. 1. ff. b. t.* & si res eo modo non restituatur, pretium deteriorationis præstari debet, aut id, quod interest. *cit. l. 3. §. 1.* Quodsi tamen rem deteriorem commodans sciens receperit, per hoc sibi præjudicasse non censetur. *arg. l. 18. §. 15. ff. quib. mod. pign. solvit.* Clariss. D.D. Peregrini ad *tit. I. Q. M. R. C. O. num. 16.* Interim si res occasione usus, in quem sunt concessæ, deteriores sint factæ, deteriores non censentur reddi, aut saltem pretium deteriorationis refundere non tenetur, eo, quod cum voluntate domini, qui deteriorationem hujusmodi præscivit, id evenerit. Exemplum est in *l. ult. ff. b. t.* addatur *l. 10. princ. ff. eod.* Contra tertium, cum quo non contraxit, hac actione commodans experiri nequit; si tamen habeat rei restituendæ facultatem, vindicari poterit. *l. 9. ff. de R. V.*

Actio *contraria* datur commodatario, & ejus hæredibus contra commodantem

& ejus hæredes I. ut ne res ante usum expletum repetatur *l. 17. §. 3. l. 21. ff. b. t.* II. Ad petendos sumptus necessarios, in rei commodatæ conservationem impenso *l. 18. §. 2. ff. b. t.* III. Ut damnum, ex re vitiosa scienter commodata refarciatur, ut si vasa vitiosa, quibus vinum corruptum est, commodata sint *cit. l. 18. §. 3.*

Quæres V. An actioni *directa* tunc locus sit, quando commodatarius citra culpam suam re intra constitutum tempus uti non potuit, v. g. commodati mihi equum, ut eodem intra mensem Romam iter instituam, obruor improvise morbo, ut coeptum iter profequi nequeam, quæritur, an commodans ante finitum usum actione *directa* me convenire, & equum repetere valeat? Rationem dubitandi suggerit *cap. un. b. t.* ubi dicitur, casum fortuitum à commodatario non præstari, sed dominum debere esse contentum, si equum v. g. omnino non restituat: ergò multò magis, si ob casum fortuitum intra constitutum tempus non restituat. Sed dicendum est, commodatarium hoc casu ad restitutionem teneri, nam commodans in simili facti contingentia certat de damno vitando, commodatarius verò de lucro captando, huic proinde potius, quàm ipsi domino casus obesse debet. *Arg. l. 11. §. 6. ff. de Minor.* Quod autem casum fortuitum, re perempta, commodans ferre debeat, alia ratio est, nempe, quia res perit suo domino, & præterea commodatarius ibi de lucro captando minimè certat. Panorm. ad *cap. un. b. t. num. 7.* Harpprecht ad *tit. I. Q. M. R. C. O. num. 67.*