

02 H 549



T

CO

IVS

POTE

AC

E

OP



No 295.

DISPUTATIO IVRIDICA
DE

TRANSLATIONE
DOMINII

IN

CONTRACTV AESTIMATORIO

QVAM

IN REGIA ACADEMIA FRIDERICIANA
PRAESIDE

DOMINO

IUSTO HENNINGIO BOEHMERO

ICTO

POTENTISSIMI REGIS PORVSSIAE CONSILIARIO INTIMO,
MAGDEBVRGICI DVCATVS CANCELLARIO,
ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORE,
PROFESSORE IVRIS PRIMARIO,
ET IVRECONSULTORVM ORDINIS PRAESIDE,

IN AVDITORIO MAIORI

D. NOV. MDCCIII.

PVBLICAE DISQVISIONI SVBICIT

DANIEL RAVE,

HAVELBERGENSIS.

EDITIO NOVA RECOGNITA.

HALAE MAGDEBVRGICAE,
OPERIS IOANNIS FRIDERICI GRVNERTI.

MDCCLX.

(5)

1760

Handwritten mark or signature at the top left of the page.



T
C

The
Orig
§
Eius
Diff
t
Diff
d
§
Ver
a
t
§
De
Ex
Cr
Ac





DISPUTATIONIS
DE
TRANSLATIONE DOMINII
IN
CONTRACTV AESTIMATORIO
CONSPECTVS.

- Thematis tractandi ratio. §. I. II.
Origo contractus aestimatorii.
§. III.
Eius descriptio generalior. §. IV.
Differentia propolarum ab arbitratioribus. §. V.
Distinctio huius contractus a mandato de vendendo reiicienda.
§. VI.
Verius discrimen ex diuersitate aestimationis, quae sit vel taxationis vel venditionis gratia.
§. VII.
Declaratio huius discriminis ex legibus. §. VIII.
Exempla aestimationis, taxationis gratia adiectae. §. IX. X.
Criteria vtriusque aestimationis.
§. XI.
Aestimatio venditionis causa adiecta non semper efficit contractum aestimatorium. §. XII.
Huius differentia a mandato de emendo. §. XIII.
Criteria magis celebrati mandati quam contractus. §. XIV.
Ratio conditionis personae habenda. §. XV.
In dubio praesumitur contractus aestimatorius. Ratio *prima*.
§. XVI.
Obiectio remouetur. §. XVII—XIX.
Ratio *secunda, tertia, quarta, quinta et sexta*. §. XX—XXIII.
An in contractu aestimatorio transferatur dominium? §. XXIV.
Dissentientium fulcrum *primum*, quod intentio transferendi dominium deficiat. §. XXV.
Fulcrum *secundum*, quod animus alienandi sub conditione declaretur. §. XXVI.
Tertium, quod periculum rei aestimatorii.

4 DE TRANSLATIONE DOMINII

- stimatae non transferatur. §. XXVII.
- Quartum*, quod emtio venditio non concurrat. §. XXVIII.
- Quintum*, quod libertas, rem aestimata re adhuc integra repetendi, deesse non videatur. §. XXIX.
- Sextum*, quod hoc negotium imitetur naturam mandati vel locationis. §. XXX.
- Septimum*, quod non habita fide de pretio nec dominium transferatur. §. XXXI.
- Octauum*, quod de dando proprie non agatur. §. XXXII.
- Contraria sententia defenditur variis argumentis: quorum *primum* desumitur ex alternatiua obligatione. §. XXXIII.
- Argumentum *secundum* ex aestimatione venditionis gratia adiecta. §. XXXIV.
- Tertium* ex origine huius negotii. §. XXXV.
- Quartum* ex periculo, quod sustinet accipiens. §. XXXVI.
- Quintum* ex effectibus dominii. §. XXXVII.
- Sextum* ex euentuali emtione. §. XXXVIII.
- Patroni huius sententiae. §. XXXIX.
- Ad rationes dubitandi strictius respondetur. §. XL.
- Contra tertium b. f. possesorem non competit actio ad rem aestimato datam repetendam. §. XLI.
- Responsum iuridicum de hoc argumento. §. XLII.
- In concursu creditorum res aestimato data iure crediti repetenda. §. XLIII.

Generale
monitum cir-
ca hanc ma-
teriam.



§. I.

Solent alias Dd. quando controuersias maximi vel alicuius momenti aggrediuntur, praemittere quaedam de spinosa difficultate thematis propositi et de Doctorum mirifico dissensu circa illam. Verum id quidem in praesenti themate non adeo mihi integrum est, postquam paucissimi hanc controuersiam ex fundamentis genuinis eruere laborauerunt, immo pauciores vix eam attigerunt, vt ideo eo magis inoffenso pede me in hoc themate enucleando progredi posse arbitratus sim, offensus nullius

nullius auctoritate aut aliqua praecipua opinione. Quo magis enim crescunt Dd. disensiones de aliquo themate, eo plura saepius impedimenta iniiciuntur, quominus ad veritatis viam peruenire possimus. Vnde non adeo mirandum erit, si magnum Dd. aceruum pro utraque sententia pugnantem haud adducere possim, ut interim tamen, quae dubia probabiliter hic adduci possent, non omittam.

§. II.

Ceterum ut propositae quaestionis enucleatio eo clarior et dilucidior appareat, altius paulo rem repetere, et naturam totius negotii perlustrare cogor. Quia enim animaduerti, in ipso negotio contractus aestimatorii superesse plures scopulos ante superandos, vel a Dd. non sufficienter remotos, hos limites mihi ipsi circumscribo, vt (I) breuiter *naturam negotii* perspicue exhibeam, et ab aliis negotiis affinibus distinguam, et deinde ipsam *quaestionem* propositis *dubiis* resoluam (II) ex *legibus Romanis*, (III) etiam ex *praxi*, et subinde (IV) *conclusiones* ex resoluta quaestione deducam.

Methodus
tractandi the-
matis.

§. III.

Dum itaque ante omnia rem hanc ex negotii ipsius natura eruere studeo, merito, quantum fieri breuibus potest, *naturam contractus aestimatorii* intueri et examinare necesse erit. *Origo* huius negotii videtur dependere partim ex origine *emtionis venditionis*, partim ex origine *ciuitatum constitutarum*, quia in ciuitatibus fere principaliter solet frequentari hoc negotium. Quod ad *originem emtionis venditionis* attinet, satis eleganter eam exprimere videtur I C T V S in *l. i. D. de contr. emt. vendit.* ostendens, olim venditionem fuisse incognitam, et vnice permutatione mutua alterum alterius indigentiae subuenisse: et sic respicit I C T V S ad simpliciora gentium tempora, vbi adhuc innoxio vitae

Origo huius
contractus
ostenditur.

tae genere ruri vivebant, et ex agricultura vitae subsidia quaerebant. Vnde et TACITVS de Germanis interioribus adhuc suo tempore asseruit *de morib. Germ. c. 1.* quod *simplicius et antiquius permutatione mercium vivunt.* Quo simplicius enim vivitur et facilius indigentia mutua suppleri potest: eo magis pecunia carere possumus. Vnde etiam eo tempore *contractum aestimatorium* fuisse incognitum, non ulteriori indiget declaratione, quia, vt mox ostendendum erit, vnice hoc negotium per venditionem celebratur, immo est quaedam emtionis venditionis species. Addit vero porro ICTVS, *difficultatem permutationum* ansam dedisse ad eligendam eiusmodi materiam, cuius perpetua eset aestimatio, et sic introductam esse emtionem venditionem. Neque vero adeo difficile est causas huius difficultatis eruere, si modo ad ea, quae iam iam dicta sunt, respexerimus. Videlicet difficultas permutationum non dependet ex *natura ipsius negotii*, quamvis id velit PAVLVS in *cit. l. 1.* sed potius ex *stata hominum corruptiori*, et semper in deterius ruente. Cum enim simplicior vita paucioribus contenta transmutaretur in luxuriosam et ambiciosam, et ita homines variarum rerum copiam ambirent; indigentia adeo aucta fuit, vt iam non amplius permutatio sola sufficiens esse poterit. Hinc alia varia negotia orta, quod Germanorum, vitam simplicioream relinquendum, exemplo eleganter illustrat CONRING. *de urb. Germ. th. 78.* Inprimis vero *ciuitatibus introductis*, negotia inter homines multiplicari debuerant, cum, quo maior indigentiae nascitur occasio, eo magis quoque hominum animi intenti sint ad supplendam hanc indigentiam, tum vero nusquam magis ambitio et luxus dominatur, quam in ciuitatibus; quid ergo mirum, si nusquam magis commercia exerceri coeperint, quam in ciuitatibus, et sic emtiones venditiones ita inpaluerint, vt permutationis vsus inde rarior fieret, deserta et abiecta plane vita simpliciori?

§. IV.

Origo emtionis venditionis.

§. IV.

Commercia itaque pretio *eminenti* semel introducta, admodum variare coeperunt, prout auaritia, luxuria et superbia quotidie hominum genus magis magisque corrumpit. Et quidem emtio venditio vel omnibus hominibus communis facta, vel peculiaris certis assignata hominibus in certis mercibus. Illa ad *domesticas* et alias necessarias indigentias supplendas spectat, et inde vocatur *oeconomica*; haec vero in specie *mercatura* dici coepit, et peculiari generi viuendi attributa est, quod imprimis in ciuitatibus frequentari solet. *Prior* emtio venditio, quatenus non denotat peculiare genus viuendi, vel sit ab ipsis rerum dominis, vel ab aliis ad hoc negotium specialiter deputatis, qui recipiunt sub certa aestimatione rem aliis vendendam vel sibi retinendam, vel restituendam. Cum enim saepius contingere possit, vt quis res superfluas habeat, vel etiam pecunia indigeat, vt hinc ex necessitate res quasdam mobiles pretiosas alienare necesse habeat; et vero ratio decori, ambitionis vel alterius impedimenti non permittat, vt ipse dominus per se illas aliis ad emendum offerat: hinc nouum inde exortum est viuendi genus, vt quidam vel *priuata* auctoritate, vel *publica* hoc negotium in se susciperent, et ita res illas aestimatas a dominis rerum susciperent aliis vel vendendas, vel sibi retinendas, vel restituendas. Harum autem personarum vt plurimum haec conditio est, vt sub fide silentii adstringantur, ne, quinam harum rerum vendendarum fuerint domini, emtoribus indicent, quia plerumque ita ambitiosi sunt homines, vt turpe sibi ducant res quasdam pretiosiores alienare, cum talis alienatio aliis indicium facere possit, talem hominem esse valde indigentem, cum tamen plerique ambiant diuitias, et pro diuitibus haberi velint. Hinc cum eiusmodi hominibus non aliter solet contrahi ac quidem cum ordinariis mer-

Introductae
variae emtio-
num species
ex indigen-
tia ortae.

Summaria
descriptio
contractus
aestimatorii.

descriptio
contractus
aestimatorii

mercatoribus, vbi non disquiritur, a quibus merces has vel illas fidē habita acceperint, an proprio nomine merces vendant, an ex commissione alterius mercatoris: simpliciter quippe sequimur fidem mercatoris. Cum vero porro rarius homines soleant pretiosā alienare, hinc simul eiusmodi personae ad hoc adhiberi coeperunt, vt res aliorum sub pignoris nexu aliis tradant, accepta loco eius pecunia mutua eis, quorum interest, restituenda, vbi itidem non sollicitē disquiri solet, aut oportet, quisea pignora dederit, sed etiam eiusmodi feminae fides hac in re ordinariē respicitur, quasi ipsa res oppignoraret in proprios vsus et commodum. Nam et hic aliquid indulgendum esse vanae ambitioni hominum puto. Vt itaque huiusmodi homines, qui alias *propolae* dicuntur, duplici officio fungantur, (1) *vt res aestimatae pro certo pretio vendendas accipiant*, (2) *vt res aliorum nexu pignoris supponant et subiiciant.*

§. V.

Differentia
propolarum
ab arbitrato-
ribus.

Quod ad primum attinet negotium, omnino separanda sunt alia negotia ab hoc contractu, ne a diuersis ad diuersa argumentum ducatur. Et primo quidem huc non pertinent *arbitratores*, quibus mediantibus res saepe diuenduntur. Hi enim tantum eum in finem adhibiti sunt, vt principaliter contrahentibus inseruiant *mediatorum instar*, et aliquando dubium aliquod in emtione definiant, veluti si pretium in tertii arbitrium est collocatum, vt ille ex peritia, qua instructus est, illud determinet. Hic enim nihilominus ipse rerum dominus est venditor, et negotium principaliter inter emtorem et venditorem abfoluitur.

§. VI.

Distinctio
mandati de
vendendo a

Porro quoque sedulo cauendum, ne *mandatum de vendendo* confundamus cum hoc negotio. Saepe enim aliis,

aliis, qui alias huic viuendi generi se non addixere, mandatum dari solet, vt res alterius nomine alienent, et quidem illud tunc facillime dignoscitur, si res *in genere* ad vendendum pro *iuſto pretio*, non adiecta speciali aestimatione, datur: id quod tamen ad praesens negotium, de quo hic agimus, pro forma et esentia requiritur. conf. HAHN. *ad Wes. ad tit. de aestimat. n. 5.* Sed in eo latitat maior difficultas, quando quis mandatum accepit de re vendenda pro *certo determinato pretio*, qua ratione tunc distinguatur a *contractu aestimatorio*? Nam tale mandatum dari posse, perspicuum est ex *l. 5. §. 3. D. mandat.* vbi casus exstat de eo, qui mandauerat alteri, *vt fundum suum venderet centum*, ex quo negotio mandati actionem dari asseritur. Ast vero si res vendenda aestimata detur, oritur inde contractus aestimatorius, immo negat ICTVS, mandatum inde oriri, *l. 1. D. de aestimat.* Miratus certum, a plerisque Dd. hoc dubium intactum et inexcusum esse relictum. Equidem Dn. SCHWENDEENDORFF. *de contract. aestimat. §. 6.* in eo differentiam mandati ab hoc negotio quaerit, quod mandatum sua natura sit gratuitum, huic vero negotio merces accedere possit. Hactenus bene. Sed quid, si merces non accedat, an itaque tunc est mandatum? Neque enim merces semper accedere debet. Et quid, si accesserit, estne tunc potius locatio conductio? nam illa recipit mercedem. Ex eo itaque, quod recipiat mercedem, non discernitur ab aliis negotiis. Addit vero, accipientem non teneri praecise rem vendere, quod tamen in mandato stricte requiritur, *l. 46. l. 5. D. mand.* Sed hoc ipso non tollitur dubium ex *l. cit. §. 3.* defuntum. Ponamus, Caium in mandatis Meuiō dedisse, vt aedes suas *centum* venderet. Quid itaque iuris, si aedes vendere non possit, an itaque stricte obligatur ad aedes vendendas? Et quid, si ipse aedes retinere velit pro hoc pretio, annon hoc ei erit permisum? Sine dubio itaque negotii natura hoc indicat, vt

contractu
aestimatorio
vulgaris reitit
citur.

B

vel

vel pretium, vel si vendere non possit, ipsas aedes restituat. Nam et mandatum sub alternatiua obligatione subsistere potest. Quid enim, si Meuius Seio in mandatis dedit, vt vel transactione vel legitimo processu controversiam decidat: vel vt certam rem emat, vel pretium restituat, nonne et hoc casu alternatiue obligatur, et mandatum verum subest? Ergo euidens est, naturam mandati et contractus aestimatorii exinde dignosci non posse.

§. VII.

Vera differentia eruitur.

Varia consideratio aestimationis.

Aestimatio fit vel taxationis gratia,

vel venditionis gratia.

Tentabo itaque, an alia via scopulos hosce vitare possim. Certe potissimam differentiam specificam a forma et essentia rei petendam esse, Logici optime tradunt. Iam contractus aestimatorii essentia fundatur in *aestimatione determinata*, adeoque ex huius natura vtriusque diuersam rimari naturam conueniens erit. Scilicet varie aestimatio considerari potest, prout varie determinatur. Vel enim *a lege*, vel *a iudice*, vel *a priuatis* determinatur. Si *a priuatis*, tunc vel *solitarie* ab vna parte, vel per *conuentionem*. *Priorem casum* hic nontangimus, sed pertinet vel ad *affectionem*, vel ad *dispositionem testamentariam*. De *posteriori* hic sumus solliciti, cum agamus de contractibus vtriusque paciscentium consensu constantibus: et haec aestimatio dici solet *conuentionalis*, quatenus consensu vtriusque est definita. Potest vero haec aestimatio fieri duplicem ob finem, vel vt constet, quanti res sit, ita vt, si forsan postea aestimatio ab altero praestanda sit, statim rei pretium in promptu sit, et alter, ad quem res spectat, liberetur ab onere probandi, vel etiam vt alter certum rei pretium scire possit, cuius forsan interest, illud scire, et tunc aestimatio dicitur *taxationis gratia* esse facta: vel etiam ob hunc finem, vt alter pro hac aestimatione rem illam sibi habere debeat et aestimationem praestare, et tunc est vera entio venditio: vel
ita,

ita, vt tradens eius arbitrio committat, vtrum rem acceptam reddere, an vero aestimationem conuentam praestare velit, et tunc *quasi venditio* videtur interuenisse, hinc aestimatio *venditionis gratia* adiecta videtur.

§. VIII.

Quae res vt eo clarius euadat, placet illam ex ipsis argumentis rerum deducere et illustrare. Res dotalis merito dari solet saepe sub certa aestimatione: sed, prout dictum, duplici ratione. Si conuenerit, vt maritus aut rem dotalem aut aestimationem praestaret, venditionis gratia censetur adiecta aestimatio, et maritus eligit, vtrum rem malit offerre, an pretium verum, nisi aliud actum, *L. 10. §. fin. D. de iure dot.* Ex quo apparet, veram characteristicam notam huius aestimationis consistere in *obligatione alternatiua*, etiamsi debitori nequidem electio superfit. Nam, vt pergit ICTVS, *si res non extet, aestimationem omnimodo maritus praestabit*, adeoque cum mulier aestimationem eligere possit, merito venditionis causa pretium adiectum censetur. Ex quo patet, vix approbari posse sententiam MAVRITII *disf. de aestimat. §. 23.* asferentis, emtionis loco tunc demum aestimationem adiici, quando valor rei exprimitur et conuenit, vt non res restituatur, sed illud pretium, quod illis rebus fuit constitutum. Nam sic vera iam est *ab initio* emtio, cum tamen hic requiratur, vt alternatiue quis obligetur, quod vterius apparet ex *L. 1. §. 1. de aestimat. l. quoriciens. C. eod.* vbi dicitur, *quod retinere possit illas res, si pecuniam vxori offerat.* Ex quo concludo, posse eandem etiam non retinere, si pecuniam vxori offerre nolit. Vnde posset dici, quod hoc casu sit *euentalis venditio*, hoc tamen efficiens, vt periculum in maritum transferatur, *arg. l. 1. §. 1. de aestimat. act.*

Declaratur
distinctio ex
legibus.

§. IX.

Exempla
aestimationis
taxationis
gratia adie-
ctae.

Ceterum si conuenerit, ut ipsa res praecise restituere-
retur, non vero ita in mariti libero arbitrio collocetur,
tunc est tantum taxationis gratia pretium adiectum. Ele-
ganter hoc declaratur in *l. si inter virum et uxorem* *et. C. de iur. dot.*
vbi inter virum et uxorem sequens pactum initum erat:
ut, si matrimonium intra quinquennium forte tempora quo-
quo modo esset dissolutum, species aestimatae doti datae
pretiis, quibus aestimatae sunt, redderentur. Quaestio
exsurgebat, vtrum venditionis, an vero taxationis causa
esset adiecta aestimatio? Et respondent IMPERATORES,
taxationis gratia adiectam censeretur debere. *Manifestum*
est, inquit, *non pretia specierum dari, sed ipsas species*
debere restitui: cum in placitis specierum reddendarum id-
circo pretiorum nomen videatur annexum, ne, si species ali-
qua deminuta fuisset, aut perita, alio pretio, quam quo
taxata fuerat, reposceretur. Ex quo concludo, (1) hoc
in casu principaliter intendi inter partes, ut ipsae res
tradantur, secundario vero et per accidens, ut pretium
determinatum: (2) obligari maritum hic quoque alterna-
tue, sed non eodem modo, uti in casu praecedenti.
Nam hic primario obligatur ad rem in specie restituenda-
dam, adeo ut nec illam possit retinere, oblato pretio,
ne aliud pro alio soluatur: secus ac in priori casu, se-
cundario autem et in subsidium demum ad determinatam
quantitatem obstrictus est, ad quam alias quoque non ad-
iecta aestimatione iam erat adstrictus, sed ne postea de
aestimatione litigetur, maioris securitatis gratia statim ad-
iicitur. Vnde non idem effectus hic resultant, qui re-
sultabant ex priori casu.

§. X.

Alia exempla
adducuntur.

Sed idem quoque in aliis negotiis, vbi non aequae
agitur de dominio quodam transferendo, contingere pot-
est,

est, hoc modo: Loco vel commodo tibi equum meum, quem nollem vendere viginti aureis, certe si aestimatio hoc casu faceret venditionem, sequeretur, vt, si equo vitium accideret, immo si funditus per casum aliquem fortuitum periret, periculum ad conductorem pertineret, perinde ac si illum equum emisset. Quod si autem illa aestimatio non induceret venditionem, contractus maneret in sua natura, siue in finibus locationis et commodati, in quibus contractibus, si dolum et culpam praefiat, non tenetur de aliis damnis casu fortuito emergentibus. Diceres: vnde cognoscere possum, quando aestimatio pariat venditionem? Illud iam satis colligi potest ex iis, quae §. *anteced.* dicta, et eodem modo ad hunc applicari casum debent. Simile exemplum occurrit in *l. 3. D. loc. vbi fundo locato cuiusdam colono instrumentum rusticum aestimatum est datum, et dicitur ibidem: illud instrumentum rusticum videri veluti emptum.* Quando itaque, non obstante aestimatione, res nihilominus restitui debet, illa non parit venditionem, sed vti modo dictum, hunc in finem tantum adiecta censetur, vt colonus sciat, in quantum conueniri possit, si instar boni patrisfamilias fundum conductum non administrauerit. E contrario autem, si alternatiue aestimatio adiecta sit, vt colono liberum videatur, an pretium an rem velit restituere, tunc aestimatio est venditionis causa adiecta.

§. XI.

Verum cum non semper constet, an aestimatio facta fuerit tanquam venditio, an vero tanquam taxatio nuda, recurrendum est ad probabiles coniecturas, et in primis videndum, quid actum sit inter partes: de quo si non constet, praesumendum est in dubio, venditionis gratia esse adiectam aestimationem, si contractus per se sit dominii translatiuus, nisi ex mente paciscentium aliud

Vnde colligatur, an aestimatio venditionis, an taxationis gratia adiecta sit.

B 3

appareat.

appareat. Hinc si contractus in scriptis fuerit celebratus, inspiciendum praecipue ad praefationem, ex qua statim colligitur mens et voluntas pacifcentium, nam in illa tenor contractus semper praemitti solet. conf. Dn. IO. SAM. STRYK *de iure praefat.* In aliis vero contractibus, ubi non agitur de dominio transferendo, magis iuxta naturam propriam contractus concludendum esse puto, partes potius voluisse aestimationem adiacere taxationis causa.

§. XII.

Aestimatio
venditionis
gratia adiecta
non semper
facit contra-
ctum aestima-
torium.

Ceterum vt in viam redeamus, non credendum est, tunc statim fieri contractum aestimatorium, si negotio alicui aestimatio venditionis causa est adiecta, aut ubi quis alternatiue obligatur vel ad rem restituendam vel ad pretium: sed negotia bene sunt distinguenda. Aut enim negotium *proprium* iam habet *naturam*, et ei tantum per pactum adiectum adiiicitur aestimatio, et sic vel manet negotium in suis terminis et substantia propria, vel in aliud degenerat. Hoc tunc contingit, quando praecise ita aestimatio adiiicitur, vt non *res*, sed praecise *aestimatio* restituatur: nam sic est vera *emptio venditio*, et partes potius aliud videntur simulasse negotium, v. g. quando quis locat aedes sub tali conditione, et sic hoc casu etiam actio emti venditi locum habet. *l. 1. C. de iure dot. l. 16. D. eod.* Illud vero contingit, si *alternatiue* ita aestimatio adiiicitur, vt antea dictum, et tunc quidem quodammodo natura negotii alteratur, sed manet tamen ipsum negotium in sua substantia, adeoque, si ita essent locatae aedes, vt vel ipsae aedes vel mille restituerentur, non actio emti venditi, sed potius actio locati conducti competeret, electione debitori salua. Non enim *in totum mutatur* natura negotii, sed tantum *quodammodo alteratur* et irregularis redditur, quo casu tamen non amittit statim omnem suam naturam, *arg. l. 24. depos.* Multo minus est contractus

tractus aestimatorius. Quamuis enim etiam hic subfit *alternatiuus modus obligandi*, tamen illud obstat, quod hic agatur de *negotio suam propriam naturam habente*, cui tamen per accidens tale pactum adiicitur. Tunc vero demum contractus aestimatorius subesse intelligitur, quoties quis hoc modo obligatur, *vt tamen negotium ad nullum aliud per se subsistens et propriam habens naturam, referri possit*, ceu quoque ostendit ICTVS in l. i. pr. D. de *aestimato*. Est itaque *CONTRACTVS AESTIMATORIVS*, quo res alicui, qui ordinarie tale negotium suscipere solet, vendenda datur sub certa et determinata aestimatione, *ua videlicet, vt ei liberum relinquatur, vel hinc ipsam rem, an vero aestimationem praestare*. Quamuis itaque possit dici, illum in se continere *euentualem venditionem*, tamen talis non hic cum ipsa actuali venditione confundenda.

Quando contractus aestimatorius subfit.

§. XIII.

Ex his suppositis facile iam colligi posse videtur, qua ratione hoc negotium a *mandato*, vel etiam *locatione*, si merces accesserit, differat. Iam ostensum, in hoc negotio per essentiam requiri, *vt quis alternatiue obligetur vel ad pretium, vel ad rem restituendam*. Vbi vero talis occurrit aestimatio, ibi semper *venditionis causa* aestimatio adiecta dici debet. Et sic concludo, *in contractu aestimatorio adesse aestimationem venditionis gratia*. Ast si tantum *mandatum* interuenit, et de hoc constat, vel etiam *locatio conductio*, tunc aestimatio tantum *notitiæ gratia* adiicitur, vt alter possit eo rectius fines mandati obseruare, ita, vt si res non possit vendi pro illo pretio, praecise domino restituenda sit, immo si possit maiorem summam pro illa re accipere, et ad hanc quoque restituendam simul obligetur. Res itaque ex *intentione agen-*

Distinctius ostenditur, qua ratione a mandato de emendo differat.

tium est diiudicanda, vtrum contractum aestimatorium, an mandatum de vendendo gratis inire voluerint.

§. XIV.

Ex quo pos-
sit concludi,
magis esse ce-
lebratum
mandatum,
quam con-
tractum aesti-
matorium.

Melioris declarationis gratia hic quasdam adducere lubet circumstantias, ex quibus concludi potest, magis esse celebratum *mandatum* vel *locationem*, quam *aestimatorium contractum*. Primo ante omnia respiciendum ad *conditionem personae*, cum qua negotium celebratur. Quodsi enim quis amicum proficiscentem Lipsiam roget, vt horologium suum ipsi datum ibi vendendum curaret pro 50. thaleris; hic si nulla merces interuenerit, est mandatum, quod gratis et ex mera beneuolentia expeditur: si autem promissa fuerit, degenerat in contractum locationis conductionis, quia pro praestanda opera videtur data. Quodsi vero eiusmodi personis negotium fuerit commissum, quae publice res vendendas in foro circumferre solent, contractus aestimatorius censetur initus. Effectus consistit in eo, si mandatarius, tanquam amicus meus nec talem publicam negotiationem exercere solitus, rem vendendam pluris praeter mandantis opinionem vendiderit, nihilominus omne pretium restituere tenetur, vti etiam locator operarum pro accepta mercede. Ex aduerso autem, si propola plus accipiat, non vterius obligatur, quam prout pretium fuit determinatum, nisi in specie conuentum, vt, si vltra pretium constitutum acciperet, illud restitueret. Parem in modum quoque si expresse dans dixerit, er solle die Sachen feilbieten, wenn er aber einen Kaufmann darzu hätte, so sollte er kommen, und es ihm erst ansagen, dieweil er alsdenn erst sich resolviren wolte, ob er es noch verkaufen wolte, quis dubitaret, hic nudum mandatum vel locationis contractum celebratum esse? Idem dicendum esse arbitror, si ita placuerit inter partes, daß, wenn er es nicht verkaufen könnte, so wolte er es præcise wieder haben, und sollte er es nicht behalten können,

tunc

tunc contra pactum agere nequit, sed si emtorem inuenire non potest, absolute ad rem restituendam compelli potest ex mandato vel locato conducto. Posset enim dantis interesse, ne accipiens rem sibi retineret pro pretio praestituto et determinato, quod forsitan timendum sit, ne ipse ita commode pretium soluat, uti alius, vel si quis malit rem potius Titio vendi, quam alii, quia itidem hoc casu merum subest mandatum; cum danti non liberum sit, illam rem sibi retinere. Sic quoque et tunc subesse mandatum reor, si procuratori meo ordinario rem vendendam dedero, quia *sub illa qualitate* censeor ei hoc commisisse, uti alia mea administrat negotia. Item si non praecise certam adieci aestimationem, sed tantum obiter dicens, er solte sehen, ob er etwa die Uhr vor 50. oder 60. Thlr. ausbringen könnte, weniger möchte ich wol nicht nehmen, nam et tunc venditio esse nequit, nequidem euentualis, quia adhuc non constat de certo et determinato pretio, quod tamen requiritur.

§. XV.

Sicuti itaque ex qualitate personae, quacum contrahitur, et modo, quomodo contrahitur, colligi potest, qua ratione mandatum inicum sit: ita quoque pariter ex *qualitate personae* colligitur, quod non mandatum, sed *contractus aestimatorius* inicus sit. Et hoc tunc puto in dubio praesumendum esse, ubi quis cum eiusmodi femina contrahit, quae huic viuendi generi publice se addixerit, ut res vendendas *aestimato* pro certo pretio accipiat, quia ex personarum qualitate optime diiudicatur de negotii natura. Neque enim in eiusmodi personis mandatum intuemur, sed ordinarie cum ipsis contrahitur, ut cum principalibus rerum dominis, experientia teste.

Ex qualitate personae etiam cognoscitur, virum contractus aestimatorius sit inicus.

C

§. XVI.

§. XVI.

Quid in dubio dicendum, an mandatum sit celebratum, an vero contractus aestimatorius.

Ratio prima, quod sit contractus aestimatorius in dubio dicendus,

His igitur praesuppositis, quaestio exurgit, qualis contractus *in dubio* intelligatur, si res aestimata alicui pro certo pretio vendenda fuerit data; an magis dicatur *mandatum*, quod gratis suscipitur, an vero *conductio certae operae*, an denique *contractus aestimatorius*? Profecto si ab omnibus haecenus in §§. *antecedentibus* adductis circumstantiis plane abstraham, tale negotium ad *contractum aestimatorium* tuto referri posse existimo. Indubitatum enim (1) est, ipsos Ictos Romanos valde super hoc negotio disputasse, et in dubium vocasse, cuinam contractui talis actus similis esse possit. Aliqui putarunt, quod hoc casu, cum alicui res aestimata vendenda tradita, competat contra accipientem actio ex vendito, propter aestimationem huic negotio adiectam, cum in dubio omnis aestimatio efficiat, ut res habeatur vendita; alii vero ex locato vel conducto, quasi alterius opera rei vendendae gratia esset conducta; alii denique, quod sit contractus mandati, quasi mandatum vendendi alter habuisse videatur. Verum, perspectis omnibus circumstantiis, optime diiudicabant, hoc negotium ad neutrum exacte referri posse, atque adeo *dubitationis tollendae et declinandae ulterioris controuersiae gratia* actionem de aestimato seu praescriptis verbis dederunt, cum alioquin danda fuisset nominata actio, si nominato contractui hoc negotium conuenisset. Hinc optime concludit ICTVS in l. i. D. de aestim. melius visum fuisse, actionem specialem ex hoc negotio dare, pergens ita: *Quoties de nomine alicuius contractus ambigitur, conuenit tamen aliquam actionem dari, propter aequitatem singularem, quae concurrat, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem.*

§. XVII.

§. XVII.

Vnde iudicari potest facillime, quid respondendum illis sit, qui hoc negotium ad *peculiarem contractum* referre volunt, inter quos quoque deprehendo Dn. TITIVM in *observat. ad Lauterb. tit. de aestimat.* qui arbitratur, hunc contractum duplici modo intelligi debere, vel *pro tali negotio, quo certo pretio aestimata vendenda datur, ut vel pretium solvatur, vel, venditione non secuta, res ipsa reddatur;* vel etiam *pro tali, ubi non tantum praecedens tractatus intercedit, sed et ipsi accipienti eventualiter res venditur, siue ille vel ad rem reddendam, vel ad pretium soluendum obstringitur.* Prior *contrahendi modus*, inquit, *periculum rei acceptae non transfert, bene vero posterior, licet et hunc in dubium adhuc vocet, cum ut is, qui operas suas principaliter promittit, rei periculum sustineat, id extraordinarium, nec temere praesumendum sit.*

An contractus aestimatorius sit separatum negotium.

§. XVIII.

Verum responderi potest ex ipsa veterum ICTORVM intentione, utpote qui ipsi animadverterunt, huic negotio aliquid singulare inesse, et longe differre a reliquis negotiis. Idcirco, cum ipsis satis liquidum non videretur, an emtio, locatio, vel mandatum subesfet, singularem actionem huic negotio dederunt, et ad actionem praescriptis verbis prouocarunt, ut pote quae semper in dubio, si de contractus vel actionis certo nomine non constet, et plane incertum sit, quale negotium inter partes fuerit conuentum, locum vindicat.

Respondetur dubiis.

§. XIX.

Et hinc apparet, quod, si negotium hoc non esset distinctum ab aliis, peculiarem et plane separatam actionem

Habet peculiarem actionem et naturam.

Probatur id
ulterius ex
natura huius
negotii.

nem non accepisset: nam secundum philosophos *diuersus effectus semper testari debet de diuersa causa*, et certe absurdum foret concedere, esse emtionem, et tamen inde non dare actionem emti venditi ordinariam. Et denique eodem iure, quo emtio venditio dicitur, dici etiam posset locatio vel mandatum, quia aequae quoque ab illis negotiis aliquid participat, et tamen proinde non debet statim dari actio mandati vel locati. Constat quoque ex iis, quae de origine huius negotii dicta sunt, plane esse *diuersum* negotium hunc contractum ab emtionem venditionem ordinariam, quamuis in quibusdam analogiam cum ea habeat: minus accurate itaque cum ea confunditur. Et fateri ipse laudatus AVCTOR, in esse huic negotio euentualem emtionem, quo ipso fateri necessario debet, non esse ipsam venditionem. Et repugnat plane naturae emtionis venditionis haec *alternatiua obligatio*, quae in contractu aestimatorio occurrit, cum tamen secundum ordinarias regulas emtionis venditionis emtor praecise ad pretium soluendum obligetur: et sic, si esset emtio venditio, posset cogi propterea, ut pretium solueret et rem retineret, quod est contra naturam huius contractus.

§. XX.

Nouum argu-
mentum,
quod in du-
bio non pos-
sit mandatum
praesumi hoc
casu.

Deinde quoque (II) ordinarie in quavis ciuitate, ubi eiusmodi feminae reperiuntur et approbantur, illisque res *aestimatae* pro certo pretio vendendae traduntur, simpliciter tales res earum fidei concedi solent, ex euaice intentione, ut illas pro pretio determinato vendant, et postmodum pretium danti soluant. Hinc, qui animum habet rem suam alienandi, tunc ex eo cognosci facillime potest, si rem alienandam talibus feminis pro certo pretio dederit; per consequens ergo non mandatum nudum hic concipi potest, sed contractus aestimatorius;

torius; nam eo ipso dum rem tradidit, magis respexit ad pretium, quam ad restitutionem rei vendendae, et insuper accipientem primario voluit esse obligatum ad solutionem pretii, secundario autem et ex accidenti ad restitutionem rei, si non vendi possit. Verum uti in dubio semper id praeualeat, quod ut plurimum accidit, et omnis interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset, *l. 39. D. de pact.* ita etiam cum ordinaria huius negotii natura cum talibus feminis inita sic comparata sit, ut, si ipsis *res aestimata* vendenda data, potius intelligatur contractus aestimatorius, quam aliud negotium; ea propter sibi imputare debet eiusmodi dans, quare in concedenda re alteri vendenda clarius non fuerit locutus.

§. XXI.

Accedit (III) et hoc, quod paciscentes cautiore Tertium argumentum. omnia exprimere debeant, quo cuiuslibet constare possit, quale pactum inter ipsos fuerit celebratum. Nam si est mandatum, tenetur eiusmodi femina producere *mandatum*, cum nemini alterius negotia gerenti absque mandato credatur, quo exinde videri possit tenor mandati; alias enim quam facillime illi, qui cum talibus feminis contraherent, decipi possent, quod tamen fieri non debet, in primis cum tales feminae publicam soleant habere fidem, nec quisquam opus habeat explorare sollicitè, unde eiusmodi res acceperint, sed sufficiat, modo ipsis vendendae fuerint datae. Quod si autem mandatum esset, auctorem denominare tenerentur, cum in mandato magis respectus ad *mandantem* quam *mandatarium* habeatur. Insimul si merum mandatum interueniret inter dantem et accipientem, et hic fines mandati excederet, tertius nunquam securus esset, sed dominus illam rem semper reuocare posset, et tertius sibi imputare deberet, quod non cautiùs mercatus fuisset.

C 3

§. XXII.

§. XXII.

Quartum ar-
gumentum

Porro (IV) si tale negotium in dubio indistincte prae se ferret naturam mandati, accipiens non teneretur de periculo, cum ad illum ordinarie spectare debeat rei periculum, qui alicuius rei dominus est, mandatarius vero illius rei, quae ipsi demandata, nunquam fit dominus, sed tantum procurator rei alienae est, (vnde quoque differt a procuratore in rem suam) consequens est, quod non teneatur de periculo. Illustr. Dn. STRYK. *de caut. contr. f. 2. c. 11. §. 22.* At vero si praesens negotium, uti haecenus a nobis descriptum est, considero, tunc apparet, periculum esse accipientis, dum aestimatio idcirco interuenit, ut pretium soluat et rem quasi emtam habeat, per *l. 2. D. de aestimat.* In genere enim id iuris est, ut in alternatiua obligatione res altera pereat ei, qui illam praestare debet, etiamsi res alternatiue vendita fuerit, *l. 34. §. 6. de contr. emt. vend.* conf. Dn. HERTIVS *de elect. ex oblig. alternat. debitori debita, sect. 3. §. 4.* quod ita multo magis in praesenti negotio iuris esse debet, ubi itidem electio est debitoris. IDEM *c. 1. sect. 1. §. 4.*

Quintum ar-
gumentum.

Hinc etiam (V) communiter hoc negotium solet separari ab aliis negotiis, conf. HUBER. *ad tit. cit. §. 2.* STRVV. *exerc. 25. th. 4.* et quotidie videmus, eiusmodi feminas tales res publice vendere solitas peculiari nomine insigniri, et negotium hoc vulgo haufiren, auf dem Trödel sitzen, dici.

§. XXIII.

Nouum ar-
gumentum.

Porro (VI) si negotium hoc ad mandatum in dubio esset referendum, aestimatio tantum adiecta esset *taxationis gratia.* At vero hoc rursus est contra naturam huius negotii, prout communiter iniri solet, ut et contra alternatiuam obligationem, uti modo dictum. Nam ita pariter tradens omni tempore rem commissam repetere posset,

posset, quamdiu nondum esset vendita, cum mandatum semper reuocari potest, re adhuc integra, et sic poenitentiae locus esset, quod vero negat Ill. Dn. STRYK. in tract. de action. inuest. s. 1. m. 7. §. 8. cum danti non amplius liberum sit, alteri electionem semel ex obligatione quaesitam interuertere, et rem praecise repetere, cum alioquin *plus petitionis exceptione* merito remoueretur, secundum §. 33. I. de action. Hinc quoque hoc in negotio alternatiue esse libellum concipiendum, optime monet GODOFREDVS in not. ad l. 1. D. de aestimat. conf. CARPZOV. lib. 1. resp. 106. n. 1. Formulam exhibet SCHWENDENDORF. in tract. de act. exposit. special. c. 3. m. 33.

§. XXIV.

Haec fusius eum in finem fuerunt deducenda, quia, hisce non recte iactis fundamentis, de primaria quaestione, in qua neruus totius disputationis versatur, recte iudicium fieri nequit. Si enim simplex fubesset mandatum, *Domitiana foret quaestio, scrutari, vtrum transferretur dominium. Sed cum iam fusius deduxi, contractum aestimatorium longe differre a mandato nec non locati-
ne conductione, illiusne neque ad priorem neque ad posterioriorem contractum commode referri poste, iam deuenio ad primariam quaestionem huius disputationis: an nimirum in contractu aestimatorio, distincto scilicet ab aliis hactenus enarratis negotiis, et si non constet, quod inter partes in specie aliud fuerit actum, transferatur dominium in accipientem, ita, vt quodammodo de ea re accepta disporre possit.* Plures negatiuam tuentur, inter quos refero Dn. SCHWENDENDORF. in disput. cit. Dn. SCHILTER. ex. 32. §. 5. et Dn. TITIVM in dist. obseruat. ad Lauterb. 627. quorum hypothefes lubet paucis in medium proferre atque examinare.

Progressus
fit ad principi-
alem quaestio-
nem,
vtrum trans-
feratur domi-
nium in hoc
contractu.

§. XXV.

§. XXV.

Prima ratio
dubitandi.

Primum enim a dissentientibus aseritur, quod omnis actus sit aestimandus ex intentione agentium. Iam vero in proposito negotio *intentio dantis* esse non videtur: quod *dominium* transferre velit in accipientem nondum soluto pretio, sed potius ut accipiens rem vendat, et acceptum pretium soluat: quatenus autem nondum est res vendita, illa nondum potest dici in alterum translata, sed adhuc manet in pristino statu, uti fuit ante contractum. Accedit, quod *animus transferendi dominii* in dubio non praesumatur, nisi doceatur.

§. XXVI.

Secunda ratio
dubitandi

Deinde (II) quamvis ab initio intendatur emptio vendita a paciscentibus, dum datur res, quo illa pro determinato pretio vendatur, et ita animus et voluntas alienandi *eventualiter* adfit: attamen cum a neutra parte nondum in effectum deducta sit plenum, nec dans se declaraverit, an in accipientem dominium rei vendendae transferre, nec accipiens, an pro determinato pretio rem acceptam retinere velit, illa alienatio tamdiu manet *in suspensio*, donec accipiens se declarat, se pro aestimato pretio rem velle retinere, et dans consenserit. Nam sicut *pendente conditione* omnes effectus in suspensio sunt, donec conditio extiterit: ita pariter illud, quod *eventualiter* fit, instar conditionis habetur, donec aliud appareat. *Regulariter*, inquit Dn. SCHILTER. *ex. 32. §. nondum translatum est dominium, quia recipiens non sibi emit, et facultatem rem reddendi habet.*

§. XXVII.

Ratio dubitandi
tertia.

Accedit (III) quod accipiens *periculum rei aestimato ita datae* non omnimodo suffinere teneatur, sed secundum

dum *VLPIANVM in l 17. §. 1. de P. V.* variae circumstantiae inter se distinguendae sint. Nam ita *LABEO: Si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter, nostrum: sed duntaxat consensimus, teneri te haecenus, ut dolum et culpam mihi praestes.* Ex hoc itaque textu dilucide liquet, in hoc negotio ad accipientem non indistincte redundare rei periculum, sed vnicui saepe tantum teneri ad *dolum et culpam*. Quod si igitur *dominium* in ipsum esset translatum, quaestio esset Domitiana, an teneretur de *rei periculo*, cum ad dominum et deteriorationis et amissionis et interitus rei periculum pertineat, sicut ad ipsum pertinet rei commodum, per §. 3. *l. de emt. vend. l. 12. C. locat. l. 11. C. si cert. per. BRUNNEM. ad l. 9. C. de pignor. act. n. 1. MEV. p. 1. D. 196. n. 5. et 6. Dn. 10. SAM. STRYK. de immun. domini. a periculo in praefat. disp.*

§. XXVIII.

Ad haec (IV) in hoc negotio non concurrunt ipsa *emtio venditio*, alias enim non opus esset, ut illa prius vendenda traderetur, sed sufficeret, si modo dans traderet rem et accipiens solueret pretium. Ast cum in praesenti negotio tale non observatur, falsa videtur esse hypothesis, quod transferatur dominium, et incongruum esse videtur, quod communiter argumentum a verae emtionis effectu ducatur ad hanc eventualem, cum talis adhuc subesse hic videatur differentia, ut inter actum perfectum et imperfectum; vid. III. Dn. COCCIVS *de iure circa actus imperfectos*.

Quarta ratio dubitandi.

§. XXIX.

Porro (V) iuxta communem traditionem Doctorem, liberum quoque est tradenti, rem vendendam ante

Quinta ratio dubitandi.

D

te



re factam venditionem iterum *repetere*, et impedire, quo minus accipiens citra eius voluntatem rem vendat, cum accipientis interesse non videatur, vtrum res vendenda ipsi data vendatur, an vero domino restituatur, exceptione itaque, *tua non interest*, repelli posset accipiens, si denegaret restitutionem: insuper quoque si forte res iamiam vendita, et accipiens vltra pretium determinatum acceperit, etiam id, quod *pretium* conuentum *excedit*, tradeati praestare et restituere accipientem teneri volunt, cum nullum lucrum alicuius rei ad illum spectare possit, cuius non est dominus, hic vero non adsit dominium, igitur quoque abesse debeat lucrum.

§. XXX.

Sexta ratio
dubitandi.

Porro (VI) hoc negotium magis imitatur *naturam* tam *mandati* quam *locationis conductionis*. Sicut autem in his contractibus nullum dominium transfertur: ita et in hoc negotio, cum vel instar mandati, vel locationis sit, neque lucrum neque vllum dominium ad accipientem pertinere videtur.

§. XXXI.

Septima ratio
dubitandi.

Praeterea (VII) licet vel maxime supponamus, dominium hic transferri posse ob emtionem venditionem, quae subesse intelligitur; tamen etiam sic videtur translatio dominii impediri, quia non est *habita fides de pretio*. Iam vero sicuti nequidem in vera emtione venditione transfertur dominium, vbi non *habita fides* est de pretio, §. 41. I. de rer. diuis. ita multo minus in hoc contractu aestimatorio, vbi tantum adest euentualis emtio venditio; praesertim cum regulariter *fides de pretio* *habita* non praesumatur, sed in facto consistat, et doceri debeat. Vid. Dn. STRYK de fide habita cor. c. 4.

§. XXXII.

§. XXXII.

Denique ex iure deduci non posse volunt, contra- Vltimum ar-
 ctum aestimatorium referri inter titulos transferendi do- gumentum,
 minium, licet nonnulli hoc eruere conentur ex *l. 1. pr.* quod magis
de aestim. vbi vox *dandi* occurrit, ex qua tamen inane praesumatur
 argumentum videtur desumi posse, cum etiam in iure aestimatorius
 sub datione illud aliquando deprehendatur, de cuius contractus,
 transferendo dominio non agitur. BARNAB. BRISSON. quam manda-
de V. S. voce *dare.* tum.

§. XXXIII.

Atque haec sunt fulcra dissentientium. Cum vero Contraria
 non eiusmodi roboris sint, vt me in partes suas trahere sententia de-
 possint, hinc veriozem existimo contrariam sententiam, fenditur,
 dominium scilicet hic in accipientem transferri. Fundamen- scil transfer-
 ta potiora sunt sequentia: (I) Primum deduco ex *alternatiua obligatione*, quae in hoc contractu est penes acci- scilicet transfer-
 pientem, vi cuius aut rem in eadem bonitate, aut pre- ri dominium.
 tium restituere tenetur; Dn. HERV. *de elect. ex oblig. Primum ar-
 altern. debit. debita f. i. §. 4.* Iam vero huius obligationis gumentum
 natura est, vt a debitore vel res vel pretium nunquam petitur ex al-
 simpliciter, sed alternatiue exigi possit, cum alias electio ternatiua
 debitori, quidnam praestare velit, non maneret salua. obligatione.
 Argumentor itaque: (1) *Quamcunque rem non possum
 praecise vindicare repetendo, ibi non mansit dominium pe-
 nes dantem, sed in accipientem transit. Atqui in contractu
 aestimatorio dans non potest praecise repetere. Ergo. Ma-
 ior firmisimis nititur rationibus, cum ille, qui rei ali-
 cuius dominus adhuc est, non agat alternatiue, sed praeci-
 se restitutionem rei virgere possit; siquidem inuito do-
 mino aliud pro alio solui nequit, in hoc contractu vero
 dans facultatem non habet, sed necessario tenetur actio-
 nem formare alternatiue, ceu supra deductum est, per*
 D 2 conse-

consequens penes ipsum dominium non mansit, sed transit in accipientem. Ex eodem fundamento nunc vterius (2) infero: *Quicumque est debitor rerum alternatiuus, ille etiam sine dubio viriusque rei dominium habere debet. Atqui in hoc contractu. etc. Ergo.* Maior iterum exinde patet, quod debitor alternatiuus habeat electionem, an velit rem, an vero pretium soluere, quod tamen facere non posset, si non esset ad minimum rei ipsius dominus, partim enim est debitor generis, partim debitor speciei. Quoad speciem autem nemo alternatiuus esse debitor potest, nisi eius dominium habeat. Vterius (3) infero: *Aut dominium rei acceptae transit in accipientem, aut mansit penes dantem.* Si prius; non vteriori quaestione opus est, sed sic habeo, quod volo. Sin vero posterius; esset simplex mandatum vel locatio conductio, et sic frustra specialis actio hic inuenta esset, quod supra refutatum.

§. XXXIV.

Secundum
argumentum
ex aestimatio-
ne vendicio-
nis gratia ad
iecta.

Deinde (II) ex supra iactis fundamentis apparet, aestimationem in hoc negotio adiectam semper factam intelligi *venditionis gratia*, siquidem dans determinando pretium non vterius animum habet rem venditam sibi habendi, sed potius accipiendi pretium. Quae cum ita sint, sequitur, vt etiam dominium translatum sit, cum omnis aestimatio hoc casu facta faciat venditionem, venditio vero domini translationem operetur. Insuper in hoc negotio fere omnia concurrunt emtionis venditionis requisita, quatenus domini translationem operantur. Nam vt emtionis venditionis substantialia vnice consistunt in consensu, merce et pretio: ita pariter in hoc negotioprehendimus *consensum* vtriusque, tam dantis, quam accipientis, *mercem*, quae vendi debet, et *pretium* determinatum, quamuis in eo adhuc adsit diuersitas,

fitas, quod accipiens hic non teneatur praecise ad soluendum pretium. Ex quo tamen potius adhuc stabilitur translatio domini, quam infirmatur, vt §. *antec.* ostensum.

§. XXXV.

Accedit (III) prout iam in superioribus notatum, si huius negotii natura non esset ita comparata, vt transferretur dominium, quis, quaeso, cum eiusmodi feminis contraheret, imprimis si secure contrahere vellet, cum semper dubium esset, an haberet mandatum, rem pro tanto pretio vendendi, immo facilius dans reuocare rem posset, sub hoc praetextu, quasi fines mandati mandataris non obseruasset. Ast quoniam secundum mores *magis contrahitur cum ipsis feminis, et potius harum personam et fidem sequimur*, cum scire non possumus, quis eis rem vendendam dederit, eiusmodi feminae quoque autorem non indicent, merito etiam dominium translatum, saltem hunc in finem, vt licite et secure cum hisce feminis ac cum rerum dominis contrahi possit. Ceterum sibi imputent illi, qui eiusmodi feminis res vendendas committunt, quare harum fidem secuti nec cautius fuerint versati, cum quilibet gnarus esse debeat eius conditionis, quocum contrahit.

Tertium desumitur ex origine huius negotii.

§. XXXVI.

Praeterea (IV) *cuius est periculum rei, illius quoque ordinarie debet esse rei dominium*, cum dominus periculum rei sentire debeat, in hoc autem contractu periculum in accipientem plene transfertur, prout manifeste constat ex *l. 1. D. de aestimat.* vbi dicitur, *aestimatio periculum facit eius, qui suscepit, ergo et dominium.* In hoc vero negotio merito hoc iniquum foret, nisi simul foret dominus. Obstare quidem videtur *l. 17. §. 1. D. de P. V.*

Quarum desumitur a periculo, quod sustinet accipiens.

ubi non indistincte periculum in accipientem transfertur, sed certae circumstantiae supponuntur, in quibus accipiens de periculo saltem tenetur. Verum haec lex non loquitur praecise de tali negotio, de quo agit praesens disputatio, sed ibi sermo est de tali contractu, ubi magis *taxationis* quam *venditionis gratia* aestimatio censetur adiecta, id quod apparet ex subiecta distinctione, dum disquirit *ICRVS*, *quis rogauerit? an dans, an accipiens*, et sic hoc negotium in casu ibi proposito magis inclinatur ad mandatum. Immo *taxationis* causa tantum esse estimationem adiectam, docet quoque illa circumstantia, dum supponit casum, rem acceptam periisse *ante venditionem*, ut ita praecise ad vendendam data fuerit, qualem casum quoque supra §. *XIV.* supposui. Nec obstat, quod hinc alternatiua obligatio subsit: nam, ut supra §. *VI.* dictum, illa quoque latitat in *taxatione*, sed plane diuersa ratione. Scilicet obligatur hic praecise aut ad rem vendendam, aut restituendam rem in specie. Cur vero *ICRVS* hic concedit actionem *P. V.* non vero mandati, si est mandatum? Hoc apparet ex subiecta distinctione, quae indicat, speciem ibi propositam fuisse incertam, propter varias circumstantias, adeoque formulam mandati, tanquam negotii certi et determinati, hic non potuisse applicari, quamuis alias mandatum subsistere videatur. Quod si enim rem non ita consideremus, *VLPIANVS* sibi ipsi contra diceret in *l. 1. de aestimat. et l. 17. §. 1. de P. V.*

§. XXXVII.

Quintum argumentum desumptum ab effectibus domini.

Accedit (V) quod accipiens exercere possit effectus domini, et rem acceptam vel in proprios usus conuvertere, vel etiam aliis donare, quos effectus alter impedire non potest. Si autem dominium penes ipsum mansisset, haberet facultatem prohibendi; cum vero prohibitio deficiat, dans non potest amplius esse dominus. Quod si enim rem

rem repetere vellet simpliciter, ipsi obstaret exceptio plus petitionis ex §. 33. *I. de action.* cum accipiens habeat ius quaesitum, vt possit eligere, vtrumne magis pretium soluere velit, quo absolute alter contentus esse debet, si ad pretium soluendum se offerat.

§. XXXVIII.

Ceterum (VI) nobis nec hic contradicunt illi, qui *eventualem emtionem* supponunt, modo sano sensu explicetur. Nam haec non confundenda est cum *condicionata*, quae plane nullum supponit contractum, sed suspendit, donec conditio existat, cum conditio nihil ponat in esse. Euentualis autem emtio est quodammodo verae venditionis species, etiamsi sub certo euentu effectum ex postfacto habere non possit. Sic v. c. si emtio venditio esset celebrata sub pacto additionis in diem, vt, si inter quatuor septimanas aliquis meliorem afferret conditionem, alter rem acceptam restituere deberet, subest reuera euentualis emtio, quoad omnes effectus, id quod ex iure satis notum est. Quis vero dubitaret, hic transferri interim dominium? Ita quoque in praesentia negotio eatenus euentualis emtio admitti potest, quatenus accipiens possit rem restituere, si velit, et dans rem repetere, si alter nolit soluere pretium; id quod semper et ordinarie in omni obligatione alternatiua contingit, vbi si vna res non existat, debitor amplius eligere nequit, sed quod superest, praestare debet. Igitur si accipiens soluendo esse deserit, et rem retinere et pretium non potest, sed hoc casu praecise ad restitutionem rei tenetur. Sicuti in emtione sub pacto commisorio, si rem ex emtione retinere velit, tenetur pretium intra tempus praestitutum soluere. Et denique, vt verum fatear, dici potest in hoc contractu latere quidem euentualem quandam emtionem, si effectum respicias, sed non si *intentionem*,

Argumentum sextum ex euentuali emtione desumptum.

tium, quia dans hic alterum alternatiue obligare voluit, quae in euentuali emtione sub illa forma non adest, sed ibi res simpliciter venditur, pacto demum adiecto, vt ad restituendam obligetur, si pacti adiecti conditio exstiterit. Ex euentu enim, non ab initio, demum constat, vtrum fuerit alternatiue obligatus.

§. XXXIX.

Afferuntur
patroni hu-
ius senten-
tiae.

Ne vero amplius aliquod dubium superfit, breuiter ad rationes in contrarium adductas erit respondendum. Et quidem auctoritati dissentientium (si modo auctoritibus sit certandum) opponimus Dn. STRYK. *ad Lauterb. tit. de aestimat. verb. transfertur dominium*; Dn. HERTIVM *de conuent. domin. translat. §. 3.* Dn. BERGER. *in resolut. LL. ad tit. de aestimat. §. 1.* LAVTERBACH. *de contract. in nom. §. 2. n. 2. seqq.* SCHILTER. *ad Pistor. p. 3. q. 130. n. 88.* Dn. SCHOEPEFFER *ad tit. de aestimat.* Vnde etiam Ill. Dn. STRYK. *in tract. de act. inuest. f. 1. m. 4. §. n.* contractum hunc ad contractus dominii translatus refert.

§. XL.

Respondetur
strictim ra-
tionibus du-
bitandi.

Quoad ipsas vero dubitandi rationes excutiendas breuior esse cogor. Circa *primam* in §. XXIV. nego, quod hic non adfit *intentio dominii transferendi*, quae ex eo ipso per necessariam consequentiam adest, quatenus alterum alternatiue obligat, qui rem ita aestimatam dedit. In *secunda* confunditur euentualis emtio cum conditio- nata; quae confusio iam ante in §. XXXVIII. remota: et quamuis, quod Dn. SCHILTER obiicit, non sibi emat, est tamen in effectū, ac si sibi emisset, cum alter rem non possit repetere. Si itaque nec dans nec accipiens est dominus, quis demum erit? *Tertia* iam remota est §. XXXVI.

Quarta

Quarta est factis inconueniens: nec enim sequitur: non est vera emtio venditio, ergo non transfertur dominium. *Quinta* petit id, quod est in principio, et aliquoties iam est reiecta, conf. Ill. Dn. STRYK in *not. ad Lauterb. ad tit. de aestimat. verb. a mandato*. Idem dicendum ad *sextam*, vbi liquido confunditur mandatum de vendendo cum hoc contractu.

§. XLI.

Quae cum ita sint, facile nunc de conclusionibus iudicium ferri potest. Sic saepe quaeri videas: vtrum is, qui dedit eiusmodi feminis res vendendas sub certa aestimatione, possit *agere contra tertium b. f. possessorem*, si cui propola femina illas non vendiderit, sed pignori forsan dederit, et ipsa femina post non soluendo exstiterit? Hoc quidem certum est, si femina tales res ipsas adhuc possideret, posse contra eam agi, vt *resituat*, quia qui *alternarius* obligatur, si alterum praestare non possit, ad alterum praestandum simpliciter tenetur. Sed cum res iam penes tertium possessorem, et ipsa femina saltem actione personali, praescriptis verbis, potuisset conueniri ad praestandum alterutrum, quae contra tertium possessorem institui nequit; insuper vero rei vindicatio hic cesset ex causa deficiente, ceu pluribus haectenus ostensum: hinc actioni non esse locum contra tertium possessorem putarem.

An competat actio contra tertium b. f. possessorem, si cui propola rem acceptam oppignoraui.

i
§. XLII.

Et secundum hanc sententiam Illustris huius Academiae FACULTAS IURIDICA anno 1701. mens. Aug. pronunciauit. Verba Responsi sunt sequentia:

E

¶

Responsum.

Hat dessen Eheliebste N. N. mit einer geschwornen und in Eid und Pflicht genommenen Käuffin und Hausirerin, K. K. genannt, unterschiedlich gehandelt, auch ihr auf verschiedene Pfände etliche 100. Fl. gegen Verzinsung mit 6. pro cent hergeliehen, und derselben, als einer geschwornen Käuffin und Hausirerin, die mit Versetzung der Pfände und Verkaufung allerhand Pretiosorum ihre Nahrung getrieben, völlig gegläubet; sie aber, die obgedachte K. wider allen Eid und Pflicht die ihr zum Verkauf gegebene Stücke bey dessen liebste versetzet, das darauf empfangene Geld mit ihrer Tochter üppiger Weise durchgebracht, worauf dieselbe zwar zur verdienten Strafe in das Zuchthaus gebracht, die Leute aber, so ihr, der Hausirerin, solche Pretiosa zu verkaufen gegeben, aniesz wider N. sich melden, und ihre Sachen zu vindiciren trachten. Deshalb gefragt wird:

Quaestio.

Ob bey so gestalten Sachen N. N. die bey ihr versetzte Pfände ohne Entgeld auszuliefern schuldig sey?

Rationes dubitandi.

Ob nun wol die Hausirerin und Käuffin nicht befugt gewesen, die ihr ad alienandum anvertraute Sachen zu verpfänden, und also es. das Ansehen gewinnen möchte, als ob sie res alienas versetzet; nun aber in Dichten bekant, quod pignus a non domino constitutum non valet,

L. 2. et 3. C. si alien. res pign. data sit. L. 36. pr. §. 4.

D. de pignor. act. iunct. L. 22. §. 2. L. 36. §. 11. eod.

HAHN. ad Wesenb. tit. commod. n. 4.

Zudem der mit der Hausirerin und Käuffin getroffene Contract von Seiten dererjenigen, so ihr die Pretiosa zu veralieniren anvertrauet, mehr ein mandatum als contractus aestimatorius zu seyn scheint, quia sicut mandatum ad emendum valet, ita etiam ad vendendum, et vero notissimi iuris, quod mandatarius non possit conditionem mandantis deteriorrem reddere, si quid contra mandatum egerit,

L. 10. C. de procurat.

et qui excedit fines mandati, aliud quid facere videtur,

L. 5. pr. D. mandat.

Zu geschweigen, daß die Hausirerin zu der Zeit, wie sie die Pfände bey N. N. versetzt, nicht mehr solvendo gewesen, und also N. N. mit derselben weiter zu contrahiren billig Bedencken tragen sollen. Wozu denn kömmt, daß die Hausirerin nur auf 200 Fl. Unts-Caution geleistet, und also N. N. billig behutsamer gehen sollen, ihr mehr Geld auf Pfände zu geben, als obbesagte Caution austräget.

Dieweil aber dennoch die obgedachte Hausirerin und Käuffin Rationes de-
 R. K. eine in Eid und Pflicht genommene Person gewesen, und *cidendi*.
 also N. N. um desto sicherer mit ihr wohl contrahiren können, zumal ihr *vitae genus* darinnen bestanden, daß sie theils die ihr ad alienandum gegebene Sachen verkauft, oder sonst dieselbe auf Pfände versetzt, und man also ihr, als einer *personae iuratae*, wohl trauen dürfen; auch nicht in diesem Fall nöthig ist, zu inquiren, ob der geschwornen Hausirerin die Sachen ad alienandum oder ad pignorandum gegeben, weil man sonst nicht sicher mit einer solchen Frau contrahiren könnte, indem man sich immer befürchten müste, daß sie dolose verführe, zu dem Ende sie aber doch publice in Eid und Pflicht genommen worden: Und dann ferner der mit ihr getroffene Contract, *quod res certo pretio aestimata ipsi vendenda, ea lege, data fuerit, vt illa vel rem ipsam reddat, vel pretium conuentum soluat*, billig pro contractu aestimatorio zu halten.

L. 1. D. de aestimat.

Dd. commun. ad tit. cit.

Et vero secundum communem Doctorum sententiam in hoc contractu dominium transferatur,

STAMLER *de contract. disp. 15. th. 11.*

SCHULTES *ad Pistor. p. 3. q. 130. n. 81.*

LAVTERBACH. *ad tit. de aestimat. ab init.*

ex vulgata regula, quod aestimatio faciat periculum eius, qui rem venditionis causa accepit, adeoque dominium transfert.

L. 1. §. 1. D. de aestimat.

Und folglich hier keine oppignoratio rei alienae, sed pro-
 E 2 priae

priae vorhanden ist; zudem auch hier ein solcher casus, vbi vtrinq̄ue certatur de damno vitando, vbi ordinarie possessoris conditio debet esse melior: in pari enim causa melior est conditio possidentis.

L. 4. §. 13. de dol. mal. except. L. 91. §. 3. de V. obl. NERIZAN. conf. 79. n. 17.

MENOCH. de praesumpt. lib. 6. praesf. 66. n. 7.

Welche denn nicht entgegen stehet, quod pignus a non domino constitui nequeat, zumalen hier keine res aliena verpfändet, sondern talis, cuius dominium habuit femina oppignorans, und ist in Rechten gar nicht fundirt, daß der Contract, so man mit geschwornen Hausweibern celebrirt, solte mehr ein mandatum als contractus aestimatorius seyn, zumalen ein grosser Unterscheid ist, ob ich einem Ordre gebe, meine Sachen zu verkaufen, welches ein mandatum ist, oder ob ich sie einer solchen Frau sub certa aestimatione zu veräußern oder vor sich zu behalten, überliedere, quo casu non est amplius mandatum, sed contractus aestimatorius; aestimatio autem venditionis causa adiecta transfert dominium in accipientem, vt libere alienare et ita quoque oppignorare possit.

L. 10. §. 4. L. 16. D. de iure dot.

L. 31. D. locati.

L. 58. D. de donat. inter vir. et vxor.

Und obgleich die Hausweiberin tempore rerum oppignoratarum nicht mehr mag löluendo gewesen seyn, so kan doch solches der N. N. nichts hindern, als welcher dadurch nichts benommen worden, mit ihr bona fide zu contrahiren; ja wenn gleich endlich die bestellte Caution so viel nicht austragen solte, als N. N. auf Pfande gegeben, so ist doch durch Bestellung solcher Caution niemand verboten worden, auf ein höhers mit ihr bona fide zu contrahiren, zumalen wenn die Hausweiberin gar keine Caution gestellet, doch solches der N. N. nicht präjudiciren könne.

Conclusio.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß N. N. die bey ihr verpfändete Sachen ohne Entgeld zu restituiren nicht könne angehalten werden.

§. XLIII.

§. XLIII.

Similiter quaeritur: *an dans rem vendendam habeat in concursu creditorum prioritatem in re vel pretio inde redacto?* Quatenus in concursu dans praefertur aliis. Distinctione res est expedienda. Aut est *mandatum in initum nudum de vendendo*, aut praefens negotium. Si *prius*, vindicari res potest, si adhuc extat, alias creditor est tantum quoad pretium, modo fidem de pretio habuerit. Quodsi vero mediante *contractu aestimatorio* res alteri aestimata data fuerit, quia sic in creditum ei abiit, tantum inter reliquos creditores suo loco ponendus, nec iure dominii rem auferre ante concursum potest. Quae distinctio liquido pronata est in *l. 5. §. 18. de tribut. act.* Pro hoc quoque praesumptio est, quod dans in dubio hoc in casu in creditum iuerit, quamprimum rem tradidit, dum accipientem alternatiue obligauit, MENOCH. *de praesumpt. l. 3. praes. 79. n. 4.* quia res ipsa, quam quis dat, dominium transfert, et sic fidem de pretio habere videtur. Conf. Coll. Argent. *de aestimat.*

H A H N. *disf. de aestimat. ib. 34.*



E 3

COROL:

COROLLARIA.

I.

In possessorio summario testi iniurato non creditur.

II.

Iure Saxonico contractus a muliere, absente curatore, celebratus est inualidus, etiamsi praesentes fuerint agnati mulieris, et consenserint.

III.

Aequum est ac iustum, ut, si commune periculum unius vel alterius damno auersum, singuli pro rata damnum refarciant.

IV.

Omne damnum aut partem eius absque ullo lucro in se recipere socio licitum videtur, cum sit species damnationis, hinc societatem leoninam in rerum natura non dari puto.

V.

Iudex suspectus potius remouendus quam testis, cum ille maius praesudicium parti inferre valeat.

VI.

Laicus super facto matrimonii cognoscere non prohibetur, etiamsi regulariter causa matrimonialis singulare habeat forum, nimirum consistorium.

Dum

Dum specimen doctum cathedrae iam sistis,

AMICE,

Monstrasti studium iuris et ingenium.

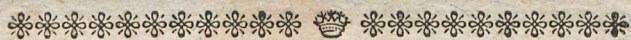
Perge viam coeptam; TE digna brabea sequentur,

Ac labor impensus nullus inanis erit!

Gratulabundus adiecit

SAMVEL STRYKIVS,

ICrvs.



En militasti strenua castris manu,

Astraea queis et alma praesidet Themis!

Nunc scandis in campum, docesque, quid iuuet

Sudasae: docta, RAVE, dextera bene

Linguaeque, transferri, aestimatio nomen

Cui dat, negotio dominium, perdoces.

TE munus atque, quem Themis confert, honos

Dignum manet. Discedis a nobis. DEVS

Comes sit, vt videre templa TE nostri

Qualem Lycei, talem et agnoscat forum.

D. CHRISTOPH ANDREAS
SCHVBART,

P. P.

NOBI-

NOBILISSIMO DOMINO
RESPONDENTI
S. P. D.
PRAESES.

Quaquam meo non indigere videris suffragio et testimonio de TVA eruditione et egregius in iure profectibus, quippe de quibus abunde praesens TVA disputatio testari potest; tamen haud intemptuum esse duxi, meam gratulationem publicis acclamationibus adiungere, praesertim cum TVVS in me affectus aliaeque rationes priuatae id a me postulare videantur. Laudo vero imprimis TVVM propositum, quod etiam omnes probi mecum laudabunt, quod operam TVAM non perdidideris, sed eam eiusmodi themati destinaueris, quod haecenus parum excussum esse constat, et quod tamen in ipsis rerum argumentis saepenumero obtinere posse, certum est. Vnde etiam non deerunt, qui tanquam iusti et aequi aestimatores TIBI, quod TVVM est, tribuent, h. e. mecum sponte confitebuntur, TE satis aptum esse ad illa munia obeunda, quae vt iustum ab iniusto, aequum ab iniquo separetur, in rebus publicis constituta sunt. Quemadmodum itaque haecenus ita rem TVAM gesisti, vt omnes boni TIBI applaudant: ita quoque praesentibus hisce gratulationem meam subiungo, ex toto animo ad reliquum vitae TVAE cursum omnem gratiam diuinam et benedictionem vt et prosperitatem TIBI apprecans. Vale, et rem TVAM in posterum quoque bene age. Dab. d. 13. Nouembr. 1703.



I

gio
s in
fens
pe-
ac-
vs
po-
M
da-
m
um
um
est.
qui
nt,
m
u-
cis
ita
u-
m
ae
ae-
s.
e.

02 H 549

ULB Halle 3
003 095 002






No. 295.

ATIO IVRIDICA
DE
LATIONE
MINII
IN
AESTIMATORIO

QVAM
DEMIA FRIDERICIANAE
PRAESIDE
MINO
NGIO BOEHMERO
CTO
RVSSIAE CONSILIARIO INTIMO,
VCATVS CANCELLARIO,
ERICIANAE DIRECTORE,
IVRIS PRIMARIO,
RVM ORDINIS PRAESIDE,
TORIO MAIORI
OV. MDCCIII.
VISITIONI SVBIIICIT
L R A V E,
BERGENSIS.



VA RECOGNITA.
GDEBVRGICAE,
FRIDERICI GRVNERTI
DCCLX.

(5)

1760

Color calibration strip with labels: Blue, Cyan, Green, Yellow, Red, Magenta, White, 3/Color, Black. Includes a ruler in inches and centimeters. Text: Farbkarte #13, B.I.G.

