





1770, 11 — 11

DE
DOMINIO PER CONTRACTVM
AESTIMATORIVM ANTE SOLVTIO-
NEM PRETII IN ACCIPIENTEM
NON TRANSLATO
SPECIMEN INAVGVRALE

Q V O D
POTENTISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO
GEORGIO III.

MAGNAE BRITANNIAE FRANCIAE ET HIBERNIAE REGE
DEFENSORE FIDEI
BRVNSVICENSIVM ET LVNEBVRGENSIVM DVCE
S. R. I. ELECTORE ARCHITHESAVRARIO
RECTORE GEORGIAE AVGVSTAE MAGNIFICENTISSIMO

ILLVSTRIS
IVRECONSVLTVRVM ORDINIS AVCTORITATE
P R O

SVMMS IN VTRQVE IVRE HONORIBVS
RITE ET LEGITIME CONSEQVENDIS
PVBLICE DEFENDET

IOANNES HENRICVS STVHLMANN
ALTONANVS

AD DIEM VI. IANVARIJ MDCCCLXX.

GOETTINGAE
EX OFFICINA SCHVLZIANA.

LIVRO DE RELES
DOMINUS PER CONTRACTUM

ALFONSO RELES
MAGISTRI IN CONTRACTIBUS
SOCIETY
SOCIETY

POTENTISSIMO PRINCIPALIS AC DOMINO

DOMINO

GEORGIO III.

MAGISTRI IN CONTRACTIBUS SOCIETY

DE CONTRACTIBUS SOCIETY

DE CONTRACTIBUS SOCIETY

DE CONTRACTIBUS SOCIETY

LIVRO DE RELES

RECONVULSIONI GRAMMATICAE VICTORITATE

PRO

SCIENTIA IN VITAE IVRE HONORIBUS

AC ET LEGITIMIS CONSEQUENTIBUS

JOHANNES HENRICVS STVLLMANN

AVTORIS

EX OFFICINA SCIENTIARUM

ILLVSTRISSIMIS
ATQVE
EXCELLENTISSIMIS DOMINIS

DOMINO
HENRICO

COMITI DE HOLSTEIN AB HOLSTEIN-
BVRG cet. cet.

DOMINO
CHRISTIANO DETLEVIO
FRIDERICO

ET
DOMINO
IOANNI LVDOVICO

COMITIBVS DE REVENTLOW ET DE
CHRISTIANSAEDE LIBERIS BARONIBVS DE
TROLLENBVRG cet. cet.

DOMINIS NEC NON FAVORIBVS SVIS LONGE
GRATIOSISSIMIS

H O C
DISSERTATIONIS INAUGVRALIS
SPECIMEN
OMNI QVA PAR EST OBSERVANTIA
SACRV M ESSE
I V E T
ILLVSTRISSIMORVM NOMINVM

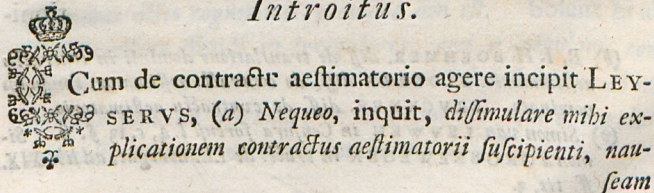
CVLTOR OBSEQVIOSSISSIMVS
A V C T O R.



DISSERTATIO INAUGVRALIS
DE
DOMINIO PER CONTRACTVM
AESTIMATORIVM ANTE SOLVTIO-
NEM PRETII IN ACCIPIENTEM
NON TRANSLATO.

§. I.

Introitus.


Cum de contractu aestimatorio agere incipit LEY-
SERVS, (a) Nequeo, inquit, dissimulare mihi ex-
plicationem contractus aestimatorii suscipienti, nau-
seam

(a) m. ad. ff. spec. 221. ib. 3.

A



seam suboriri. Mouent eam mihi legum, quae de hoc contractu agunt, obscuritas atque inter se pugna et DDr. circa praecipuas quaestiones dissensus etc. Vera est omnino magni leti sententia, si dissensum iuris interpretum in hoc argumento et apparentem legum pugnam spectamus. Nec vlla maior, quam de hac quaestione est dissensio, vtrum per hunc contractum transferatur dominium in accipientem, cuius affirmatiuam sententiam tribus dissertationibus propositam esse, constat. (b) Etsi porro plurimi DD. in eo consentiant, contractum aestimatorium etiam hodie non extra vsum esse, sunt tamen nonnulli, qui contrarium contendunt (c). Quorum sententiam multis verbis refutare superfluum esse videtur: quia et ex ipsa negotii natura facile intelligi potest, hunc contractum in magnis vrbibus, in quibus praesertim commercium floret, saepe iniri posse; et multi DD. hoc testantur (d), qui etiam responsa facultatum iuridicarum, intuitu huius contractus data, allegant (e). Sed subsistere in quaestione antea proposita, eamque in disquisitionem reuocare ab instituti rationi-

(b) B. I. H. BOEHMER. *diff. de translatione domini in contractu aestimatorio.* FLOERKE *diff. de contract. aestimator. tanquam nominato.* BRVCKNER. *diff. de contractu aestimatorio.*

(c) Simon van LEUVEN in *Censura forensi* l. 4. c. 13 §. 6. Simon a GROENEWEGEN in *tract. de LL. nbrogat. ad lib. XII. ff. tit. 3.*

(d) LEYSER *l. c.* BRVCKNER *diff. c.*

(e) B. I. H. BOEHMER, *diff. c. §. XLIII.*



tionibus haud alienum visum est, cum specimine academico ingenii vires experiri, officii ratio postulet. Itaque me conuerto ad ipsam contractus aestimatorii explicacionem, ostensurus primo naturam eius, et quomodo differat ab aliis contractibus similibus; expositurus deinde argumenta, quae solent pro translatione dominii proponi, vt, cognita eorum vi, de rectiori sententia liceat rationes inire, quibus pertractatis, quaedam de actione, quae ex hoc contractu instituitur, adiicere iuuabit.

§. II.

Definitio contractuum in genere, et contractuum nominatorum et innominatorum.

Contractus in genere considerati sunt species conuentionum, quibus inest causa ciuilititer obligans. Inter hos nominati sunt, qui habent nomen speciale, et actionem cognominem; innominati vero sunt, quibus non competit nomen speciale et ex quibus actio cognominis proposita non est. Solent hi ab interpretibus diuidi in irregulares, qui a regulari contractuum innominatorum natura non nihil deflectunt, et ad nominatos proxime accedunt, et in regulares, qui a regulari contractuum innominatorum natura non deflectunt.



§. III.

Definitio contractus aestimatorii.

*Contractus aestimatorius est contractus innominatus, quo res, certo pretio aestimata, alicui vendenda ita traditur, ut vel rem, vel pretium determinatum restituat. Hanc definitionem sententiae legum conuenire apparet ex l. 1. pr. ff. de aestim. et ex l. 17. §. 1. de P. V. et hypotheses in definitionem inferre videntur, qui partim ita definiunt hunc contractum, *Esse conuentionem, qua alicui res pro certo pretio animo transferendi dominii tradatur vendenda, ita tamen, ut rei restitutio liberationem ab obligatione pretium soluendi producat (a)*; partim contendunt, hunc contractum duplici modo intelligi debere, cumque accipiunt vel pro tali negotio, *quo certo pretio res aestimata vendenda detur, ut vel pretium soluat, vel venditione non secuta, res ipsa reddatur: vel etiam protali, ubi non tantum praecedens tractatus intercedat, sed et ipsi accipienti euenualiter res vendatur, siue ille vel ad rem reddendam, vel ad pretium soluendum simpliciter obstringatur. (b)**

§. IV.

(a) *Excell. HELLFELD. iurispr. forens. sec. ord. ff. LXIX. tit. 3. §. 1066.*

(b) *TITIVS ad LAVTERBACH. obs. 1625. et eius tractat. iuris priuat. Rom. Germ. l. 4. c. 14. §. 34.*



§. IV.

Prior definitio vel ideo non recte se habere videtur: quia animus transferendi domini ad naturam contractus aestimatorii non pertinet, ut infra pluribus ostendam. TITII vero definitionem ideo non esse adsumendam, existimo: quia secundum priorem modum potius sit mandatum, quam contractus aestimatorius; secundum posteriorem autem modum, si simpliciter ad rem restituendam accipiens in casu, si rem non vendiderit, obligatur, nec contractus aestimatorius intelligatur; nisi eo tantum sine haec verba adiecta sint, ut accipiens periculum ferat: quia ex contractu aestimatorio obligatio est alternativa. Quod si vero accipiens ad pretium solvendum simpliciter obstringitur, si rem aestimatam vendere non potest: mea quidam sententia id pro vera emtione venditione conditionata habendum est.

§. V.

*Contractus aestimatorius est peculiaris
contractus.*

TITIVS (a) et cum eo BEYERVS (b) negant, dari contractum aestimatorium separatim: cum vel ad mandatum referri possit, si gratis res ab accipiente vendatur l. 5. §. 3.
A 3 mandat.,

(a) in iur. priu. Rom. Germ. l. 4. c. 14.

(b) in deliniaz. iur. civil. ad ff. L. XIX. tit. 3.



mandat. vel ad locationem operarum, si ipsi merces soluantur, et hos contractus non nunquam sub lege periculi sustinendi, et euentuali emtione iniuri contendunt. Sed obseruandum est, contractum aestimatorium differre ab emtione, mandato, locatione et conductione operarum, quod ipsum monuerunt veteres Icti. 2) Eidem inesse συνάλλαγμα i. e. contractum; qui continet causam ciuilitur obligantem, propter mutuam praestationem (c), eamque in rem statuit VLPPIANVS l. i. pr. ff. de aest., *Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. Quoties enim de nomine contractus ambigeretur, conueniret tamen aliquam actionem dari cet.* Cum igitur contractus aestimatorius differat a contractibus illi similibus, emtione venditione, locatione et conductione operarum: sequitur necessario, eundem esse peculiarem contractum. (d)

§. VI.

Contractus aestimatorius est contractus innominatus.

In definitione contractus aestimatorii, hunc contractum esse innominatum, contendi. Quod cum a nonnullis negetur, argumenta, quibus id in dubium vocatur,

(c) l. 7. §. 2. ff. de pactis.

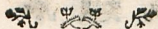
(d) cf. B. I. H. BOEHMER. *diff. c. §. XIX.* BRVCKNER. *diff. c. §. IV. et V.* LEYSER *ms. ad ff. spec. 221. ib. l. 1. et 2.*

tur, perpendere iuuabit. Haec praecipue sequentia sunt. Obiicitur, 1) *contractum aestimatorium esse nominatum: quia habeat nomen specificum, et aestimatorius vocetur.* 2) *Contractum aestimatorium habere etiam actionem, tali specifico nomine et ex contractu redundanti insignitam l. 1. ff. de aest. et in Rubrica L. XIX. ff. tit. 3. (a)* Respondetur autem ad 1) *Nomen contractus aestimatorii nusquam legibus inueniri, eique tantum a doctoribus datum esse: ideoque ex hoc non concludi posse ad naturam contractus constituendam, an sit innominatus, necne. Sed vrgent dissentientes, Compilatores LL. romanarum catalogum quidem contractuum nominatorum simplicium nobis exhibere, sed ubique esse altum silentium de contractibus compositis: contractum aestimatorium autem constare ex emtione venditione, locatione conductione operarum, mandato, societate (b); et licet hi contractus non semper simul huic contractui insint, quod per rerum naturam fieri non possit, attamen semper saltim duos comprehensos videri, qui quasi in vnum conflati, aestimatorium constituent (c). Sed nego, contractum aestimatorium esse talem contractum compositum: cum requisita non habeat, quae in LL. ad emtionem venditionem, locationem, mandatum requirantur, et solo*

A 4

consen-

- (a) FLOERKE *diff. de contractu aestimatorio, tanquam nominato §. III. et IV.*
 (b) STRYKII *V. M. ff. ad lib. 19. t. 3. §. 4. SCHILTER. Exercit. XXXI. §. V.*
 (c) FLOERKE *diff. c. §. V.*



consensu haud perficiatur, sed rei traditione (d), quod tamen adsumendum esset, si ex his esset compositus. Quod ad secundum argumentum attinet, ex contractu aestimatorio videlicet competere actionem specifico nomine et ex contractu redundante insignitam, id ipsum merito negandum est. Namque 1) quae inde datur actio praescriptis verbis, est actio generalis, quae non solum ex contractu aestimatorio instituitur, sed ex omnibus contractibus innominatis (e). Deinde 2) nomen actionis aestimatoriae non est nomen specificum, contractum significans: nec hoc nomine negotium ipsum assignatur, uti in ceteris actionibus cognominibus fieri solet; sed tantum qualitas actionis de praescriptis verbis exprimitur, repetita ab aestimatione, quae huic contractui inest, et periculum facit eius, qui suscipit (f). Nec infrequens est 3) actiones vario respectu vocari aestimatorias; earumque tres diuersae species apud Romanos occurrunt. Nota est a) actio quanti minoris, seu aestimatoria, quae instituitur ex aedilitio edicto (g) ab eo, cui res vendita est vitiosa, vitium tamen non ita comparatum est, ut omnem rei inter-

(d) l. pr. ff. de aest. verba: res vendenda datur. l. 1. §. 2. ff. l. 3. de rer. perm.

(e) l. pr. ff. de aest. l. 1. 2. 3. de P. V.

(f) Cocc. ius controuers. de contr. innom. qu. III.

(g) l. 18. pr. l. 44. §. 11. ff. de aedilit. edicto.

intercipiat usum; sed eum modo minuat (b). β) Actio aestimatoria, quae datur ex iure praetorio illi, qui iniuriam passus est (i), qua illam secundum dolorem animi aestimat, petitque, ut poena haec sibi adiudicetur. γ) Aestimatoria praescriptis verbis actio, quae ex hoc contractu instituitur. Cum vero contractus nominati cognominem actionem producant: hoc nomen actionis ambiguum non a nomine contractus, sed a qualitate negotii desumptum, pro argumento haberi nequit ad probandum, contractum aestimatorium esse contractum nominatum. Denique nec 4) ita argumentari licet, ut, quaecunque conventio habet nomen, illa pro contractu nominato habenda sit: quia alias eodem modo inferri posset, permutationem esse contractum nominatum, qui tamen LL. pro innominato declaratur, l. 1. §. 2. ff. de rer. perm. ubi ait Paulus, *Alioquin si res nondum sit tradita, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent. etc.*

§. VII.

*Contractus aestimatorius a DD. nominatur
contractus innominatus irregularis.*

Contractus aestimatorius perinde ut permutatio, ideo contractus innominatus irregularis nominatur: quia a natura

(b) l. 13. §. 1. ff. d. A. E. V.

(i) l. 1. §. 4. l. 15. §. 24. ff. de iniur.



tura contractuum innominatorum nonnihil defleat, simulque nomen aliquod ab usu loquendi habet (a). Hanc diuisionem contractuum innominatorum in regulares et irregulares impugnant nonnulli Icti, et illos, qui ita sentiunt, contradictionem in adiecto committere, contendunt: quia definiunt contractus innominatos, tanquam tales contractus, qui nullo speciali nomine gaudeant, et tunc tamen eos diuidunt in regulares et irregulares, et sub his intelligunt contractus, qui destituti sint nomine specifico, et tamen eiusmodi nomen habeant (b). Et KNORRIVS dicit (c). *Non opus esse, ut hic statuamus contractum irregularem, cum speciale suum nomen habeat, et actionem cognominem producat.* Sed hanc diuisionem naturae contractuum innominatorum non aduersam esse, et iusto sensu tolerari posse, existimo. Etiam si Icti, qui hanc diuisionem statuunt, contractus innominatos irregulares nomen habere, sentiant: simul tamen contendunt, illis non tale nomen competere, quod contractus nominati habent, nempe specificum, et quod naturam determinatam contractus indicat: ideoque non sibi contradicunt, cum denominationem contractus ab usu loquendi

(a) LAUTERBACH coll. th. praet. tit. de act. BERGER. oeconom. iur. Libr. III. t. VII.

(b) B. I. H. BOEHMER tr. de action. S. 2. c. 9. §. 4. not. r. FLOERKE diff. c. §. VI.

(c) in scilicet. obs. ad ff. LYDOWIC. obs. 431.

loquendi tantum repetant, et hoc sensu contractus innominati irregulares diuersi sint a contractibus nominatis.

§. VIII.

An contractus aestimatorius consensu vel traditione ineatur?

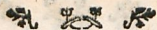
Existimat Titius (a) solo consensu hunc contractum perfici, et contrariam sententiam fluere ex praeconcepta falsa opinione de peculiari contractu innominato: nam traditionem ad eius consummationem, ac certo modo ad obligationem accipientis pertinere, contendit, perinde ac conductor vel mandatararius ratione rei non antea ad restituendum obligatur, quam postquam res tradita est, Aduersus haec monendum est, contractum aestimatorium omnino peculiarem contractum innominatum esse, uti supra ostendi, et praeconceptam Titii opinionem in eo latere, quod contractum aestimatorium solo consensu iniri, sibi persuadeat. In aprico vero positum est, ex contractu innominato ante aëtualem praestationem vnius partis nullam oriri ab altera parte (b) obligationem: illa, vero interueniente obligationem esse tantum ex parte eius, cui aliquid praestatur, et hunc ab obligatione semel constituta, inuito credito-

B 2

re,

(a) in obs. ad LAVTERBACH obs. 626.

(b) l. 1. §. 2. ff. l. 3. C. de rer. perm. l. 7. §. 2. §. de pact.



re, recedere non posse (c). Longe alia ratio est contractuum locationis conductionis et mandati, quante rei dationem solo consensu perficiuntur, quod aliter se habet in contractu aestimatorio.

§. IX.

An dans ab accipiente rem vendendam ante factam venditionem iterum repetere possit?

Etiam intuitu huius quaestionis variae sunt interpretum sententiae. Qui eam negant, tradentem exceptione plus petitionis posse repelli, existimant (a): quia semper in alternatiua obligatione debitoris sit electio, et varias leges allegant. (b). Et quia dominium transfertur, dantem ex nullo fundamento restitutionem rei petere posse, et tantum ei competere actionem aestimatoriam contra accipientem, quae tantum petitum alternatum admittat. Alternatiuam obligationem debitoris vel ex eo probant, quod dominus rem suam tradat alteri vendendam, et non praecise determinet, cui vendi debeat: igitur liberum sit accipienti, an ipse rem emere velit, nec ne, cuius conditionem dans non deteriore voluit esse, quam tertii alterius cuiusuis. TITIVS in obseruat. ad

LAV-

(c) l. 5. C. de O et A.

(a) FLOERCKE diff. c. §. XIV.

(b) l. 10. C. de cond. indebiti. l. 5. §. 1. de positi. l. 34 §. 6. de contr. emt. venb. l. 34. §. 6. de iureiur. l. 6. §. 1. de iure patron.

LAUTERBACH. (c) quidem ius poenitendi in contractu aestimatorio obtinere statuit; sed fundamentum adsumit, suae opinioni accommodatum, *quasi contractus aestimatorius sit aut mandatum, quo mandans habeat facultatem reuocandi, aut conductio operarum, qua, licet merces promissa sit, tamen operae non simpliciter sint conductae; sed si conductori alienatio rei traditae placeat: hinc ob hanc conditionem facultatem reuocandi locum hoc casu habere putat. Sed quod alternatiuam debitoris obligationem concernit; verum quidem est, ex ea electionem debitori in contractibus nominatis simpliciter competere: quia vtraque pars statim ius ex his acquirit. Alia ratio est contractus innominati, in quo debitori simpliciter electio non competit; sed eo tantum casu, si alter, qui contractum impleuit, ius poenitendi non exerceat. Nam 1) ex contractu innominato ille tantum ius acquirit, qui impleuit contractum, et alter tantum est in obligatione, quae iuri alterius respondet. Iam vero in contractu aestimatorio dans solus ipsa rei ad vendendum traditione ius consequitur vel rem ipsam, vel eius pretium conuentum repetendi: et a iure illius dependet tota obligatio, quam in se suscepit accipiens, vt adeo dans, si eum poeniteat, rem ipsam ante venditionem peractam, repetere possit. Neque enim res data est, vt eam sibi habeat accipiens, sed vt vendat, et*

B 3

licet

(c) *obf.* 631.

licet euentualiter animus et voluntas alienandi adsit, tamen ante solutionem pretii ab accipiente factam, negotium est imperfectum et res integra: ideoque nullum ius accipienti quaesitum est, et dans rem repetere potest. Accedit, quod ex omnibus contractibus innominatis competat ius poenitendi, et LL. (d) non distinguant an obligatio sit alternatiua, nec ne: ideoque nec nostrum sit distinguere. Denique 3) ex hoc iure poenitendi sequitur dominium non esse translatum; quia alias dans non rem repetere possit, si dominium statim transferatur per traditionem rei. Dissidentes autem alio adhuc argumento vtuntur quod desumptum est a natura negotiorum bonae fidei, (e) inter quae et contractus aestimatorius refertur: in his autem non obtinere existimant ius poenitendi. Sed 1) generatim adstrui non potest, in contractibus bonae fidei hoc ius non obtinere: cum dentur contractus, veluti mandatum, societas, depositum, in quibus omnino ius poenitendi locum habet (f); nec id exulet in permutatione, quae etiam est contractus bonae fidei. Deinde 2) verba l. 1. pr. ff. de aest. Omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus

(d) l. 5. § 1. ff. de P. V. l. 3. § 2. et l. 5. ff. cond. caus. dat. caus. non sec.

(e) l. 1. pr. ff. de aest.

(f) Cocc. ius controu. qu. 12. tit. de aest. BERGER Resol. LL. cod. tit. qu. IV. LAVTERBACH coll. th. pr. cod. §. 19.

ius cet., nihil aliud disponunt, quam quod omnia, quae substantiae contractus aestimatorii conueniunt, non quae aduersa sunt, ut obligatio bilateralis est, secundum aequum et bonum diiudicari debere. Sunt, qui, danti ideo competere ius poenitendi existiment: quod accipientis non interest, utrum res vendenda ipsi data vendatur, an vero domino restituatur; isque exceptione tua non interest, si denegaret restitutionem, repelli possit. Etiam si enim res sit vendita, et accipiens ultra pretium determinatum aliquid acceperit: illum tamen, cum non sit dominus rei traditae, nemo vero ex re aliena lucrum capere possit, id, quod pretium conuentum excedit, tradenti praestare debere putant. Verum enim vero haec ratio rem conficere non videtur, cum accipientis omnino interest, utrum rem vendat, an ante factam venditionem, tradenti retrotradat: quia secundum verba contractus quicquid pretium conuentum excedit, retinere, idque lucrum cum consensu domini percipere ex re aliena potest. Idem euidentius apparet, ubi merces in casu venditionis est determinata, quam ob poenitentiam dantis, re restituta, accipiens petere non potest. Neque lucrum cessans intuitu accipientis ob ius poenitendi attenditur. Nemo enim ex contractu innominato ante eius implementum, a sua parte factum, ius sibi acquirere potest.

§. X.

Qualis culpa in hoc contractu sit praestanda?

Contractus innominati regulariter respiciunt vtilitatem vtriusque contrahentis, et vel in eo subinde differunt a contractibus nominatis, qui saepe tantum alterius vtilitatis causa ineuntur. Cum vero in omnibus contractibus, ex quibus vterque contrahens commodum habet, culpa leuis praestetur, etiam hoc de contractu aestimatorio est statuendum. (a)

§. XI.

Quotuplex sit aestimatio?

Cum hactenus contractum aestimatorium tanquam peculiarem contractum innominatum consideraerim, pertractatis simul nonnullis quaestionibus, quae ex hac doctrina diiudicari debent: progredior ad naturam contractus aestimatorii explicandam. Cum in definitione, *Rem aestimatam vendendam dari*, indicetur: vis aestimationis paucis expendenda est. Fit aestimatio *vel publica, vel priuata auctoritate*: et haec iterum *vel per conuentionem*,

(a) l. 5. § 2. ff. commod. l. 5. § 1. l. 17. §. 3. ff. de P. V. LAVTERBACH, coll. th. pr. de P. V. § XVII.

❧ ❧ ❧

nem, vel alio modo. De aestimatione per conventionem facta hic tantum agi, facile quisque intelliget: eaque fit per determinationem pretii a contrahentibus factam. Solet illa a DD. diuidi in aestimationem venditionis, et in aestimationem taxationis gratia factam; quae diuisio LL. etiam est fundata. Illa fit eo fine, ut accipiens rem pro certo pretio venditam habere possit (a); haec autem hoc solo fine, ut de pretio rei constet (b). Quae definitio aestimationis venditionis gratia admodum differt ab illa, quae a multis DD. datur (c): qui eam tunc demum iniuri existimant, quando pro pretio aestimato dominium rei in accipientem transfertur, in eamque rem ad l. 5. C. de iur. dat. prouocant. Sed dominii translatio ad naturam aestimationis venditionis causa non pertinet; nec id ipsum, quod in controversiam vocatur, ingredi debet in ipsam definitionem. In lege citata sermo est de dote aestimata data, cuius dominium maritus consequitur. Est hoc dotis dationi proprium, ut per eam rei, in dotem traditae, dominium in maritum transferatur: idque ob aestimationem dotis, venditionis causa factam, ita in eum transit, ut pretii restitutione liberetur. Quamquam porro in LL. dicatur, aestimatio-

(a) l. 5. C. de iure dot.

(b) l. 21. C. eod.

(c) Cocc. iur. controuerf. de aest. qu. VII. LAVTERBACH coll. 18. pr. de aest. § XII. FLOERKE diss. c. § XI.



mationem esse instar emtionis venditionis, ab ipsa tamen emtione differt, cum res retrotradi possit, et Ielus in l. 16. ff. de iur. dot. moneat, *Non esse simplicem venditionem, sed dotis causa.* Accedit, quod translatio domini ex natura tituli, quo res alteri traditur, ideoque ex natura contractus principalis sit diiudicanda, non vero ex qualitate aestimationis, quae in traditione rei interuenit.

§. XII.

Quaenam aestimatio in contractu aestimatorio obtineat?

Doctores intuitu aestimationis, quae in contractu aestimatorio locum habet, admodum dissentiunt. Alii contendunt, *illam esse venditionis causa adiectam (a)*; alii *taxationis gratia (b)*; alii *tertiam speciem aestimationis in contractu aestimatorio* adsumunt. (c) In diiudicanda hac quaestione cum natura diuersarum specierum aestimationis; tum etiam contractus aestimatorii perpendenda est. Hic ita initur, vt accipiens alternatiue vel ad rem, vel ad pretium determinatum praestandum obligetur. Aestimatio taxationis causa hoc solo fine tantum adiicitur, vt de pretio

- (a) B. I. H. BOEHMERI *diff. c.* FLOERKE *diff. c.* HAHN
ad WESENBERG. *de aest. n. 5.*
(b) COCC. *iur. controuers. eod. tit. qu. VII.*
(c) LAVIERBACH *coll. ib. pr. eod. tit.*

tio rei constat: id quod ex variis rationibus fieri potest, v. c. in mandato, vt mandatarius minimum pretium, pro quo rem vendere possit, sciat (d); vel alio in contractu, vt appareat, si forte aliqua species deminuta, aut deperdita fuerit, quid repositi possit. (e) Ex hac aestimatione autem taxationis causa accipiens non electionem habet, an rem, vel pretium restituere velit: ideoque illa in contractu aestimatorio locum habere non potest. Aestimatio vero venditionis causa accipientem alternativae obligat: quia fit eo fine, vt accipiens rem pro certo pretio venditam habere possit. Quae alternativae obligatio convenit cum ea, quae ex contractu aestimatorio oritur: ideoque hanc aestimationem in contractu aestimatorio interuenire merito est statuendum.

§. XIII.

In eandem sententiam quidem abeunt B. I. H. BOEHMERVS (a) et cum eo FLOERKE (b), aestimationem videlicet venditionis causa in contractu aestimatorio obtinere, eamque tum esse adiectam censent, si tradens in arbitrio accipientis ponit, utrum rem acceptam reddere, an vero aestimationem conuentam praestare velit: per talem aestimationem

C 2

vero

(d) l. 5. § 2. mandat

(e) l. 21. C. de iure dot.

(a) diff. de transl. dom. in contr. aestim. § VII.

(b) FLOERKE diff. de contract. aest. tanquam nomin.

vero dominium rei traditae transferri, existimant ob l. 5. C. de iur. dot. Sed haec lex, vti iam monui, continet dispositionem doti aestimato venditionis causa traditae propriae: nec a titulo dotis, ad dominium civile transferendum habili, argumentum duci potest ad aestimationem in contractu aestimatorio obuenientem; sed potius huius aestimationis effectus secundum eius naturam et secundum leges quae de contractu aestimatorio disponunt, sunt diiudicandi.

§. XIV.

Vnde colligatur, an aestimatio venditionis, vel taxationis gratia adiecta sit?

Ad diiudicandam quaestionem, quaenam aestimatio in dubio contractui adiecta sit, B. I. H. BOEMEHRS (a), LAVTERBACHIUS (b) et BERGERVS (c) et multi alii sequentes regulas dederunt. 1) *Attendendum esse quid actum sit inter partes, v. c. ex praefatione contractus, vel ex illius tractatibus.* 2) *Si hoc non constet, in dubio illam venditionis gratia in contractibus per se dominii translatiuis esse factam.* 3) *In aliis contractibus, ubi non agitur de dominio transferendo, secundum naturam propriam contractus esse concludendum, partes potius voluisse aestimationem taxationis causa adiacere: cum in his negotiis talis interpretatio sit admittenda, quae natu-*

(a) *diff. 6.*

(b) *coll. th. pr. de nest. § XXIII.*

(c) *Resolut. LL. eod. tit. qu. III.*

van negotii, de quo facta, est non destruit (d); et in dubio contra-
bentes ipsius contractus naturam sequi videantur, ut in com-
modato l. 8. et 9. ff. commodat., deposito l. 17. § 1. ff. depos.,
locatione l. 39. ff. locat: nec huic legi obstare l. 3 et 54 locat.,
ubi tantum agitur de aestimatis praedii rustici instrumentis.
Quodsi denique in huiusmodi negotiis accipiens expresse pro-
mittit, vel ipsam rem incorruptam, vel aestimationem restituere,
tunc ad illum omne periculum pertinere, censent. Samueli
Cocceio displicent hae regulae (e), quae ipsi suspectae videntur:
quia etiam in illis negotiis, quibus regulariter per
rei traditionem dominium non transfertur, aestimatio pro ven-
ditione haberi solet, ut in l. 3. locat. Itaque sequentes re-
gulas proponit. 1) In dubio aestimationem venditionis gratia
accedere videri in iis negotiis, quibus usus rei in accipientem
transfertur: cum res illae usu minuiatque consumi soleant, et
bonus paterfamilias rem suam aliis hac lege utendam concedat,
ut aestimatio maneat in obligatione. Hinc 1) in tit. de usufr.
dispositum esse, refert, dominium in quasi usufructu, aestimato-
dato in usufructuarium transferri § 2. I. de usufr. 2) Re lo-
cata, et instrumentis aestimato datis, haec pro venditis habe-
ri. l. 3. locat. 3) Rem aestimatam commodatam haberi pro ven-
dita, ita ut omne periculum ad commodatarium pertineat l. 5.
§ 3. commod. 4) Servo aestimato colonae adscripto, casum per-

C 3

tinere

(d) l. 80. ff. de contr. emt.

(e) iur. controuers. de aest. qu. VIII.

tinere ad colonam l. 54. § f. locat. 5) Ita in dote quoque iure domini ciuilibus omne commodum et omnem utilitatem in maritum transferri. Si proinde hoc aestimato fiat, omne periculum, omnemque casum pertinere ad maritum, et ipsam aestimationem, non rem, esse in obligatione, atque illam non hanc finito matrimonio restitui l. 10. § 4. l. 16. ff. de iur. dot.; nisi uxor sibi reseruauerit electionem, tunc enim ui pacti rem ipsam manere obligatam, et aestimationem saltim taxationis gratia accessisse uideri. II) E contrario taxationis gratia interuenire aestimationem, quoties non usus rei, vel usus quidem, sed rei, quae usu non minuitur, in alterum transfertur, uti si res alicui datur, ut eam vendat certo pretio l. 5. § 3. mand.: nam tunc totam rationem allegatam cessare: quia usus rei non transfertur, et si pretium hoc casu additur, illud ideo accedere uideri, ne, si species aliqua culpa accipientis deminuta, aut deperdita fuisset, alio pretio, quam quo taxata, reposceretur, l. 21. C. de iur. dot. vel ut appareat, quanti rem vendere debeat. Sed neque illorum, neque huius regulae ad diiudicandam hanc quaestionem mihi aptae esse uidentur. Quod ad primam ab antea laudatis Ictis propositam regulam attinet, Attendendum nempe esse, quid actum sit inter partes, hanc utriusque obtinere, arbitror; quia haec est generalis et in interpretatione omnium contractuum adhibenda. Secunda uero et tertia regula opinioni innituntur, per aestimationem venditionis causa dominium transferri. Cum uero, per

✿ ✿ ✿

per hanc aestimationem dominium non transferri, supra ostenderit; nulla ratio adest, cur in dubio tantum illae in contractibus dominium translativus sit adsumendae: ideoque mihi haud adaequatae esse videntur. Quod ad regulas, a Sam. Cocceio datas, attinet: in contractu tunc demum dubium oriri censetur, si neque ex verbis contractus, neque ex LL. satis appareat, quid statuendum sit. Quodsi LL. indolem aestimationis, contractui adiectae, determinant: ea sequenda est, quamdiu ex verbis contractus non apparet, contrahentibus diversum placuisse; praesumptio enim est, illos LL. tanquam regulam contractus adsumisse, et neque tunc causa in dubio versari censetur. Ad firmandam regulam vero Ill. lectus casus speciales allegat, legibus decisos, de quibus nullum dubium oriri potest, et de his ad casus dubios et non decisos argumentatur; etiamsi illi potius exceptiones a regula conficere videantur. Nec omnia exempla, quae allegat, ita comparata sunt, ut cum regula prima ab ipso data conveniant. Sic, *rem commodatam aestimato datam haberi pro vendita*, censet ita, *ut omne periculum ad commodatarium pertineat*, in eamque *rem allegat l. 5. § 3 commod.* Sed 1) huic sententiae magnopere obstant l. 8. et 9. ff. commod., quibus expresse dicitur, *commodantem non habere animum transferendi dominium*; id quod tanquam principium ex natura contractus descendens tamdiu sequimur, donec probetur, contrahentibus placuisse

C 4

placuisse contrarium. 2) Aestimatio vero non transfert dominium, ideoque ab hac ad dominii translationem non concludi potest. Neque l. 5. §. f. commod. id probat, quod ex illa Cocceius probare voluit. Haec enim lex supponit, quod quis, aestimationem se praestitutum, receperit, in eoque casu, quod accipiens periculum praestare debeat, disponit. Quod ad exemplum dotis attinet, hoc potius militat aduersus illius sententiam: quia etiam intuitu bonorum dotalium non fungibilium aestimato datorum (f) maritus dominium accipit: ideoque ex his patet, Cocceii regulam non esse vniuersalem, et tantum in casibus per leges determinatis esse fundatam. Quando itaque regulae DDr. ideo suspectae videntur Eximio lecto, quod etiam in illis negotiis, quibus regulariter per rei traditionem dominium non transfertur, aestimatio pro venditione haberi solet: in eo, mea quidem sententia, ratione parum adaequata vti videtur, tum quod ex nonnullis casibus LL. decisis, et qui ne omnes quidem ad firmandam eius sententiam pertinent, regulam frueri velit; tum potissimum ex eo, quod per aestimationem venditionis causa dominium transferri gratis contendat. Quod ad secundam Cocceii regulam attinet, nec hanc esse adsumendam,

(f) l. 10. et l. 16. f. de iur. dot.

✠ ✠ ✠

25

mendam, facile ex antecedentibus, et vel ex hoc intelligitur, quod v. c. rem quae longo vsu vel abusu consumi potest, in commodatum dare possim, et quidem aestimamini eum finem, vt commodatarius, si reabutitur, pretium determinatum praestet: ideoque etiam in talibus casibus, quibus res vsu minuitur, aestimatio taxationis causa interuenire potest. Sane in casu dubio, mea quidem sententia, haec principia sequenda esse videntur. 1) Attendendum videlicet esse, quid inter partes actum sit; et 2) si ex his non patet, quaenam aestimatio sit adiecta: tunc quia semper minimum est praesumendum, *aestimationem taxationis causa esse adsumendam*: quia tradens accipienti facultatem rem retinendi tribuere voluisse, praesumi non potest.

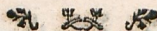
§. XV.

An sufficiat praestare pretium conuentum, licet accipiens plus inde sit consecutus?

Cum in contractu aestimatorio res ita aestimata vendenda detur, vt accipiens vel rem restituat, vel pretium determinatum praestet: quaestio inde oritur, si accipiens maius pretium pro re acceperit, vtrum id, quod determinatum pretium excedit, sit dantis, an accipientis. Et magis est dicendum, accipientis esse superfluum, et sufficere, si determi-

D

natum



natum pretium danti soluat: quia modo, aut aestimationem
 praestare, aut rem restituere obligatur. Quodsi igitur
 accipiens pretium determinatum soluerit, danti nulla com-
 petit actio: quia ille obligationi suae satisfecit. Ob stare
 quidem videtur l. 13. pr. de P. V. *Si tibi rem vendendam
 certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes,
 placet neque mandato, neque pro socio esse actionem; sed in
 factum etc.* ex qua lege nonnulli inferunt, (a) accipientem
 tunc demum superfluum retinere posse, si tale pactum,
 vti lege citata obuenit, adiectum sit. Sed haec lex 1) de
 contractu aestimatorio non disponit, ideoque huc non
 pertinet; quia ex tali pacto adiecto non oritur obligatio
 alternatiua, vti ex contractu aestimatorio 2) Neque pro-
 bari potest consequentia, quod quia hoc casu pactum adie-
 ctum est, ideo citra pactum id fieri non possit: nam saepe
 ea, quae tacite negotio insunt, pacto exprimuntur. (b)
 Denique 3) hac lege plane de eo non quaeritur, vtrum ac-
 cipiens citra pactum lucretur superfluum, sed quale ne-
 gotium sit, et quaenam inde detur actio. Quamquam
 porro alii obiiciant, *accipientem ideo superfluum accipere non
 posse; quia ex re aliena lucrum caperet; animaduertendum
 tamen est, quod accipiens tali lucro vi contractus fruatur.*
nec

(a) ZOESIVS *ad ff. de aestim. Voet. comm. ad ff. cod.*

(b) BERGER *Resol. LL. obfl. cod. tit.*

nec vllum dubium fit, quemcunque cum consensu domini ex re aliena iustum lucrum capere. Differt omnino in eo contractus aestimatorius a mandato, quod mandatarius nullum lucrum capere possit, et omnia, quae intuitu mandati accepit, restituere debeat (c), quia est negotium gratuitum, cuius consequens est, ex l. 46. §. 4. de procur: contrariam sententiam defendi non posse; cum ibi de mandato et non de contractu aestimatorio sermo sit. Huius quidem sententiae est TITIVS (d), qui dum per hypotheseo duplicem hunc contractum ineundi modum statuit, *priorem sententiam veram esse, putat, si contractus aestimatorius ita sit initus, ut res, vel pretium conuentum simpliciter reddatur, non autem, si res vendenda nude concedatur; quia tunc accipiens excessum non aliter lucratur, quam si expresse ita conuentum sit:* Sed posterior, quem statuit, contractum aestimatorium contrahendi modus, non efficit hunc contractum, sed mandatum, vti supra iam ostendi (e).

D 2

§. XVI.

(c) l. 8. mandat.

(d) obseruat. ad LAVTERBACH. obs. 632.

(e) LAVTERBACH. coll. th. pr. de aestimat. §. XXI, STRUVII Syntagn iur. ciuil. Ex. XXV. §. VI. TREVTLER. disp. XXX. th. 2. BACHOW ad TREVTLER. l. c. MEIER Colleg. Argentor. de aest. §. 5.



§. XVI.

An accipiens rem retinere possit?

Haec quaestio admodum contentiosa est, et, mea quidem sententia, secundum naturam contractus ita est existimandum, posse omnino accipientem rem retinere, cum aut rem restituere aut pretium praestare, obligatus, per pretii solutionem ab omni obligatione intuitu dantis liberetur, nec ideo danti facta pretii solutione facultas rem repetendi superfit. Quoniam vero secundum ea, quae supra dixi, dans ius poenitendi, re adhuc integra, exercere potest: ponendum omnino est, ut accipiens, si rem retinere vult, priusquam ius poenitendi a dante exerceatur, vel se rem retinere velle danti declaret: vel pretium determinatum solvat. Alterutro facto, quia res non est integra, dans ius poenitendi exercere amplius non potest.

§. XVII.

An res in specie sit restituenda?

Accipientem rem ipsam, non autem aliam eiusdem generis restituere posse patet et ex definitione, contractus aestimatorii et ex verbis *ULPIANI* l. i. ff. de aest. qua dicitur, *Rem ipsam debet incorruptam reddere.* His verbis disponitur, accipientem non solum rem ipsam resti-

restituere; sed etiam omne dominium intuitu rei danti illatum, si aestimationem susceperit. (a)

§. XVIII.

An in contractu aestimatorio rescissio ex laesione enormi obtineat?

Quod si dans in pretio, quo aestimatam rem tradidit, ignorans laesus sit ultra dimidium, quaestio oritur, an hoc casu remedium ex l. 2. C. de resc. vendit., applicari possit. Quam quaestionem optime, ut mihi videtur, decidit BRVCKNERVS (b) dum distinguit, *utrum ipse accipiens postea rem emat, et pretium determinatum soluat, quo casu remedium omnino obtinere censet; an ille rem tertio vendiderit, et tunc attendendum esse, putat, utrum hic pretium a dante statutum soluat, an maius; priori casu ex cessione accipientis contra tertium ex hac lege esse agendum; posteriori autem, si accipiens rem vendendo ultra duplum pretii statuti accepit, et res per se duplo plus valeat; contra accipientem hanc actionem ex L. 2. C. de resc. vend. esse instituendam; si vero non ultra duplum pretii determinati tertius accipienti soluerit, tunc non contra accipientem agi posse sec. l. 2. C. de resc. vend. sed contra tertium tantum, si res plus duplo valeat, quam pretium, quod hic accipienti soluit; pretium vero determinatum hic considerari non posse.*

D 3

§. XIX.

(a) BRVCKNER *diff. de contr. aest. §. XV.*

(b) l. c.

§ XIX.

*Accipiens tantum suo periculo fidem emtori
habere potest.*

Ceterum quamquam in contractu aestimatorio res vendenda tradatur, ita tamen traditur, ut aut res ipsa, aut pretium conuentum restituatur, ideoque negotium rei vendendae est ipse accipientis. Qui si, fide emtori habita, rem vendiderit, nec pretium ab emtore receperit: danti tamen nihilominus satisfacere debet; neque enim hic illi fidem emtoris sequi permisit, sed potius ea lege rem vendendam dedit, ut vel ipsam rem, vel pretium determinatum praestet, et sibi ipse imputare tenetur, quod fidem emtoris sit sequutus.

§. XX.

*Contractus aestimatorius differt ab emtione
venditione.*

Postquam naturam contractus aestimatorii exposui, a re non alienum esse videtur, prius quam quaestionem de translatione domini disquirere incipio, quaedam de differentiis contractus aestimatorii ab emtione venditione, mandato, locatione conductione, et societate, adicere. Contractum aestimatorium pro ipsa emtione venditione
non

non esse habendum, tanto certius est; cum et ICtis Romanis verior visa fuerit sententia, hoc negotium esse ab emtione venditione diuersum (a), ex natura rei videlicet edoctis, hic desiderari, vt res vendenda tradatur. (b). Manifestae omnino sunt differentiae contractus aestimatorii et emtionis venditionis. 1) Quod ille sit contractus innominatus et realis, quia contractus innominati ex facto incipiunt, hic autem nominatus et consensualis; 2) Quod in illo non de re pro pretio in accipientem transferendo agatur, sed res vendenda tradatur; in hoc autem de re pro certo pretio in accipientem transferenda conuentio ineatur. 3) Quod in illo accipiens non praecise ad pretium obligetur; Sed in eius arbitrio sit, an rem, aut pretium velit restituere; in hoc autem emtor ad pretium praecise obligetur. 4) Quod in illo danti competat ius poenitendi; in hoc autem venditor id exercere nequeat. Obiiciunt nonnulli (c), rem plerumque quidem in contractu aestimatorio vendendam dari: sed tamen hoc non semper fieri, cum etiam ita possit dari, vt accipiens actu emat, et soluat pretium sub pacto, vt teneatur prior venditor, rem, si eam iterum vendere nequeat, recipere, et pretium restituere. Sed hoc casu emtio venditio

D 4

ditio

(a) l. i. ff. de aest.

(b) B. I. H. BOEHMER *diff. c. §. XVIII. TIT. ad LAUTERBACH obs. 636.*

(c) cf. BRVCKNER. *diff. c. §. V.*

ditio sub conditione resolutiua celebratur, non contractus aestimatorius. Nam eodem modo, uti venditor sibi per pacta adiecta prospicere potest, v. c. per pactum adictionis in diem vel per legem commissoriam, vel per pactum de retrouendendo: ita etiam emptori liberum est, in sui fauorem tale pactum adicere, ut sibi, si rem intra certum tempus vendere non possit, liceat reddere illam venditori. Nec hoc casu datur res vendenda, quod ad naturam contractus aestimatorii pertinet; sed pro certo pretio res venditur.

§. XXI.

Contractus aestimatorius differt a mandato.

Habet quidem mandatum de vendendo cum contractu aestimatorio quandam similitudinem, maxime, si nulla merces est promissa; est tamen utriusque contractus propria et a se inuicem distincta natura. Nam 1) mandatum est contractus consensualis et nominatus, hic autem realis et innominatus, et per traditionem rei incipit. 2) Mandatum est contractus beneficus, in aestimatorio vero contractu nihil interest, quomodocunque ineatur, siue merces interueniat, siue gratis praestetur officium. In hoc accipiens semper tamen superfluum secundum verba contractus retinere possit; mandatarius autem pretium, quaecumque pro re vendenda acceperit, restituere debet, nec quic-

quicquam ex mandato lucrari potest (a). Quodsi igitur
 conuentum est, accipientem retinere id, quod vltra pre-
 tium definitum acciperet: vel ex eo indicium emergit,
 mandatum non esse initum, sed contractum aestimatori-
 um, si accipiens alternatiue vel ad rem restituendam, vel
 ad pretium determinatum soluendum est obligatus. 3)
 Qui ex illo condemnatus infamis fit, secus autem est, si
 ex hoc contractu condemnatio sequatur. 4) In manda-
 to praestatur culpa leuissima, hoc vero dolus et culpa le-
 uis. (b)

§. XXII.

*Contractus aestimatorius differt a locatio-
 ne et conductione operarum.*

Veteres iam ICTos in dubium vocasse, an aestimato-
 rius contractus sit locatio rei ad vendendum, vel condu-
 ctio operarum, patet ex l. 1. pr. de aest.: ideoque eius rei
 disquisitio non a scopo meo aliena erit, praecipue cum nec
 desint recentiores ICTi, qui (a) hunc contractum a loca-
 tione conductione, si mercés promissa sit, haud differre,
 contendunt. Itaque breuiter differentias huius con-

ctus

(a) l. 20. ff. mand. FRVCKNER *diff. de contr. aest.* §. VI.

(b) Cocc. *iur. controuers. de aest.*

(a) TITIVS ad LAVTERBACH. SCHILTER, ex. 31. §. V.

E

ctus a locatione conductione ostendere iuuabit. 1) Locatio conductionis, perinde ut emptio venditio, est contractus consensualis, et nominatus; hic autem realis et innominatus. 2) Ex illo contractu locator operarum id, quod pretium determinatum excedit, retinere non potest: quia illi nihil nisi merces ex hoc contractu competit; ex hoc contractu autem superfluum accipiens retinet. 3) Locator operarum, venditione non facta, non rei restitutionem, praestito pretio determinato, ut accipiens ex hoc contractu (b) denegare potest. Ex his igitur facile intelligitur, hunc contractum, licet pacto adiecto certa merces sit promissa, tamen a locatione conductione magnopere differre. Nec obstat l. 19. §. 1. de P. V., quae non de contractu aestimatorio loquitur; sed de ipsa locatione conductione; et sententia legis est (c): *Praedium meum tibi permisi pignori dare tuo creditori hac lege, ut mihi, de eo praedio intra certum tempus reluendo, fideiussorem, dares, non das fideiussorem, quaeritur: quaenam actio sit instituenda? Respondetur, si merces interuenerit, ex locato; secus de P. V.*

§. XXIII.

Contractus aestimatorius differt a societate.

Societati etiam similis esse videtur contractus aestimatorius, quia accipiens id, quod pretium determinatum excedit,

(b) BRVCKNER *diff. de contr. aest. §. VI.*

(c) BERGER *in Resolut. LL. obß.*

cedit: redinet, dans autem pretium determinatum accipit: ideoque commodum ex vna eademque re vtriusque est commune. Sed hoc negotium a contractu aestimatorio esse diuersum, vel ex eo apparet, quod societas sit contractus nominatus et consensualis; pro quo haberi nequit contractus aestimatorius. Quod 2) in societate conferantur res vel operae communis lucri et damni causa; quorum nihil fit in aestimatorio contractu. Deest ergo 3) animus contrahendi societatem, sine quo non intelligitur societas, etiamsi communis quaedam vtilitas ex negotio per accidens proficiatur. Huc pertinet *l. 13. pr. de P. V. Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, neque mandati neque pro socio esse actionem, quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita adesse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium accepit.* Postrema legis verba applicari non minus posse ad contractum aestimatorium, facile ex eo intelligitur, quia accipiens etiam superfluum retinere potest; etsi non simpliciter hic casus pro contractu aestimatorio sit adsumendus; nisi obligatio alternatiua accipientis adsit (a).

§. XXIV.

(a) *Ant. Fabr. Rational. ad l. 13. de P. V. Serm. Ex. XXV. §. 6.*

§. XXIV.

Si res aestimata eo pacto vendenda datur, vt lucrum inde perceptum inter contrahentes diuidatur, an vera sit societas?

Aestimatio rei collatae non destruit societatis naturam, et societati adiici potest, sec. l. 52. §. 3. pro soc. ; modo animus contrahendi societatem declaretur et re vera societati neatur (a). Quodsi igitur res aestimata ita vendenda datur, vt superfluum inter dantem et accipientem sit commune, et de animo contrahendi societatem appareat: societas videtur esse contracta sec. l. 44. ff. pro socio; si autem animus contrahendi societatem non apparet, tunc nulla est societas sec. l. 13. pr. de P. V. Nullum dubium ergo est, quin inter eum, qui dedit rem vendendam, et inter eum, qui rem vendendam accepit, intuitu lucri iniri possit societas.

§. XXV.

Primum argumentum pro dominio non translato.

Praemissis, quae ad naturam contractus aestimatorii, et ad eius differentias a reliquis contractibus pertinent, viam praeparatam esse existimo ad exponendum primum huius dissertationis argumentum, vtrum dominium per hunc contractum in accipientem ante solutionem pretii

(a) l. 44. pro soc. Ant. Fabr. Rational. ad h. l.

tij transferatur, nec ne. Mihi quidem sententia illorum, (a) qui dominium non transferri, contendunt, rectoribus iuris rationibus inniti videtur. Cum in omni contractu respiciendum est ad id, quod actum est: tum (I) insigne rei argumentum ex eo petitur, quod in contractu aestimatorio deficiat intentio contrahentium dominium transferendi: si quidem danseo animo rem tradit, ut accipiens eam pro statuto pretio vendat, et accipiens eadem intentione rem accipit. Etiam si accipiens ex hoc contractu facultatem rem pro determinato pretio sibi acquirendi nanciscatur; id tamen, quod per accidens ex contractu consequitur, non pertinet ad id, de quo actum est inter contrahentes, cum alioquin non hunc contractum, sed emtionem venditionem iniri fuissent. Cum autem omnes contractus ex tempore, quo ineuntur, diiudicandi sint; in hoc contractu quoque dominium non translatum esse dicendum est, cum tempore contractus desit intentio contrahentium dominium in accipientem transferendi. Qui contrariam sententiam defendunt (b) *intentionem contrahentium dominium transferendi ex eo colligi posse, existimant, quod in hoc contractu dans fidem accipientis sequatur.*

E 3

tur,

(a) SBHILTER *ex. 32. Cocc. iur. contr. de aest. SCHWEN. dendoerfer. ad ECKOLT.*

(b) B. I. H. BOEHMER *diff. c. STRYK. ad LAVTERBACH de aest. BERGER. in Resol. LL. obf. eod. tit. LAVTERBACH coll. tb. pr. eod. tit. BRVCKNER et FLOERKE diff. et.*

tur, et, fide in emtione venditione habita, semper dominium transferatur. Sed monendum est, ex natura contractus aestimatorii non intelligi, quod fidem accipientis dans sit sequutus; sed potius contrarium: quia accipiens aut rem aut pretium restituere tenetur.

§. XXVI.

Secundum et tertium argumentum pro dominio non translato.

Sed nec adstipulantur (II) leges, cum nullibi dispositum sit, dominium in contractu aestimatorio transferri. Quod vero nec ex animo contrahentium, nec ex legibus ostendi potest, id ad naturam contractus referri nequit; maxime cum in dubio translatio domini non praesummatur. Neque (III) alternatiua, quae huic contractui in est obligatio ita comparata est, ut exinde efficiatur domini translatio. Quicquid enim inde consequitur, id in eo consistit, accipientem ad alterutrum obligari aequae principaliter. Nihil hic agitur de re in accipientem transferenda, quam et hic suo arbitratu restituere potest (a). Obiiciunt quidem dissentientes (b), ex alternatiua obligatione

(a) Cocc. iur. contr. de aest. qu. II.

(b) B. I. H. BOEHMERI *diff. c. §. XXXIII.* LAVTERBACH. *soll. rh. pr. de aest.*

❧ ❧ ❧

39

tionem omnino intelligi dominii translationem, tum quod dans non possit rem praecise repetere, dominus vero praecise rei restitutionem urgere possit: tum quod accipiens tanquam debitor alternatius vi electionis, quam habet, necessario utriusque rei dominium habere debeat. Sed quod ad primum attinet, verum quidem est, dantem ex hoc contractu alternatiue agere debere; sed exinde concludi non potest, quod dans defierit esse dominus, quin potius id consequens est alternatiuae obligationis, cui non potest non alternatiuum ius respondere: quia quisque exercitium sui dominii saluo dominio circumscribere potest. Quod ad alterum attinet, supra ostendi, dantem, vi iuris poenitendi rem traditam, re adhuc integra, repetere iure Romano potuisse, eoque ipso admodum circumscriptam esse alternatiuam accipientis obligationem. Deinde quae ex hac descendit electio non mutat naturam contractus, obligationem tantum ad alterutrum producentis. Id enim pertinet ad confectaria negotii, quod, soluto pretio statuto, rem sibi habere possit accipiens, perinde vt poterat pro eodem pretio eam tertio vendere.

§. XXVII.

Accipiens in regula non praestat periculum.

Tandem nec ex periculi praestatione argumentum ducere licet ad dominii translationem; siquidem et emtor



periculum rei emtae habet ante traditionem rei, etiam si dominus non sit. Accedit quod ex l. 17. §. 1. de P. V. appareat, accipientem tantum in regula dolum et culpam leuem praestare teneri. Qui contrariam sententiam sequuntur l. 1. ff. et l. 17. §. 1. de P. V. varie explicant. B. I. H. BOEHMERVS (a), quem magnum Ictum mul-
 ti sequuntur, accipientem semper periculum ferre sec. l. 1. de aest., contendit. Deinde l. 17. §. 1. de P. V. ita explicat, quod ibi sermosit de tali contractu, ubi magis taxationis, quam venditionis gratia aestimatio censetur adiecta, idque appareat ex subiecta distinctione, qua disquirit Ictus, quis rogauerit eaque circumstantia doceat, in citata lege supponi casum, quo res accepta perit ante venditionem, eaque ita praecise ad vendendum data fuerit; denique nec obstat obligatio alternatiua; quia haec quoque latitat in aestimatione taxationis causa; sed ita, ut hic praecise aut ad rem vendendam, aut in specie restituendam obligetur. Actionem mandati hac lege ideo non concedi, monet, quod species ibi proposita propter varias circumstantias sit incerta: quamuis alias mandatum subesse videatur. Sed haec l. 17. §. 1. ff. de P. V. mea quidem sententia, etiam de contractu aestimatorio dispo-
 nere, et cum l. 1. §. 1. ff. de aest. coniungenda esse vide-

tur

(a) diff. c.



tur (b). L. 1. §. 1. ff. de aest. supponit casum, quod accipiens simpliciter aestimationem praestare promiserit; illa autem disponit, quid ab accipiente sit praestandum, si de periculo nihil sit conuentum. Distinctio ab Ulpiano in illa l. 17. §. 1. de P. V. facta, utrum, dans, an accipiens, vel neuter rogauerit, mihi sufficere non videtur, negotium pro mandato accipere. Nam 1) rogatio non ad essentialia cum contractus aestimatorii, tum mandati pertinet; ideoque etiam ab hac non ad existentiam alterutrius contractus concludi potest. 2) Quod ad illam circumstantiam in hac lege propositam attinet, nempe quod ante venditionem res perierint, haec mihi ideo adiecta videtur: quia, facta venditione, quaestio de periculo oriri non potest; cum emtor periculum ferre debeat. 3) Non agitur l. c. de casu, quo res aestimata datur solum taxationis gratia, quoniam libertas relinquitur accipienti aut rem eandem danti restituendi, aut pretium: ideoque de contractu aestimatorio in d. l. sermo est. 4) Nec ex subiecta, distinctione appareat, speciem ibi propositam fuisse incertam cum distinctio illa in se actionem non reddat incertam, sed ostendat, quod in negotio vnus actionis, scilicet P. V., quae de aestimato proponitur, pro diuersitate circumstantiarum aliud atque aliud obtineat.

§. XXVIII.

(a) STRVV. *Syntagm. iur. ciuil. Ex. XXV. de aest. Petr. MÜLLER ad STRVV. l. c. Cocc. iur. contr. eod. tit. qu. II. HVBER prael. iur. Rom. eod. tit.*

F

1110



§. XXVIII.

*Ex aestimatione venditionis causi non probari
potest translatio dominii.*

Obiicitur porro, aestimationem in hoc contractu semper fieri venditionis causa, hanc autem dominium transferre perinde ut venditionem. Sed supra iam ostendi, ex natura aestimationis venditionis causa translationem dominii probare non posse. Etiam si instar emtionis esse dicatur; differt tamen ab ipsa emtione venditione, et ne per hanc quidem translatio dominii simpliciter peragitur.

§. XXIX.

*Refutatur argumentum pro translato dominio ex
libera dispositione accipientis desumptum.*

Praeterea, qui contrariam sententiam defendunt, accipientem omnes effectus dominii exercere, et rem acceptam vel in proprios usus conuertere: vel etiam aliis donare posse, contendunt: neque dantem hos effectus impedire posse: ideoque penes eum dominium non mansisse; sed in accipientem translatum videri. Verum enim vero dispositio, quam accipiens intuitu rei traditae habet, non ex dominio descendit; sed ipsi per pactum acquisita est, vi cuius, soluto pretio statuto, rem sibi habere potest. Quod si accipiens pretium non praestat, tunc donatio ab hoc facta nullum effectum



ctum habet: quia accipiens conditionem, sub qua tantum dominus illi facultatem de re tradita libere disponendi tribuit, non implevit, et rem hoc casu a tertio vindicat. Immo dans, re adhuc integra, prohibere potest, quo minus accipiens de re pro lubitu disponere possit: quia, si timet, quod pretium ab accipiente non consequi possit, ius poenitendi exercere potest.

§. XXX.

*Refutatio argumenti, danti non competere
in concursu rei vindicationem.*

Ex quibus simul conficitur quaestio, *virum danti in concursu competat rei vindicatio*: quam nonnulli ideo negant, quod, *re alteri mediante contractu aestimatorio aestimata data, dans fidem accipientis sequatur, et ideo tantum inter reliquos creditores, sit ponendus (a)*. Sed supra iam dixi, ex alternatiua obligatione non descendere translationem dominii, et accipientem esse aequae debitorem pretii definiti praestandi, ac rei restituendae: ideoque, illo non praestito, subsistere principalem ad rem ipsam restituendam obligationem. Vi dominii ergo dans rem adhuc extantem ex concursu vindicare potest.

F 2

§. XXXI.

(a) l. 5. §. 18. *De tribut. act.*

§. XXXI.

*Quaenam actio ex hoc contractu institui possit, et
vtrum dans contra tertium b. f. possessorem, cui
accipiens rem non vendidit, in eo casu, si acci-
piens non sit soluendo, agere possit?*

Ceterum vix opus est exponere, actionem, quae ex hoc contractu oritur, esse actionem de aestimato s. actionem aestimatoriam praescriptis verbis (a); eamque institui a dante contra accipientem, vt vel rem, vel pretium determinatum praestet. Quae actio etiam ab accipiente (b) ad mercedem promissam obtinendam institui potest, eaque hoc casu actio etiam directa nominanda est: quia non ex ratione sed ex verbis legis haec actio oritur, et l. 2. de aest. verbum *utilis* nihil aliud significat, quam quod haec actio in eo casu accipienti sit proficua. Quoniam vero, dominium per hunc contractum non transferri, haecenus exposui: quaestio, *vtrum dans contra tertium bonae fidei possessorem, cui accipiens rem non vendidit, in eo casu, si accipiens non sit soluendo, agere possit*, facile diiudicanda est. Nam cum dans tantum ea lege rem tradidit, vt accipiens vel eandem, vel pretium determinatum restituat: hac conditione non impleta, dans libere dominium suum exercere, et rem a tertio b. f. possessore vindicare potest.

(a) l. 1. ff. de aest.

(b) HUBER, *praet. iur. Rom. cod. r.*



Göttingen, Diss., 1770

ULB Halle

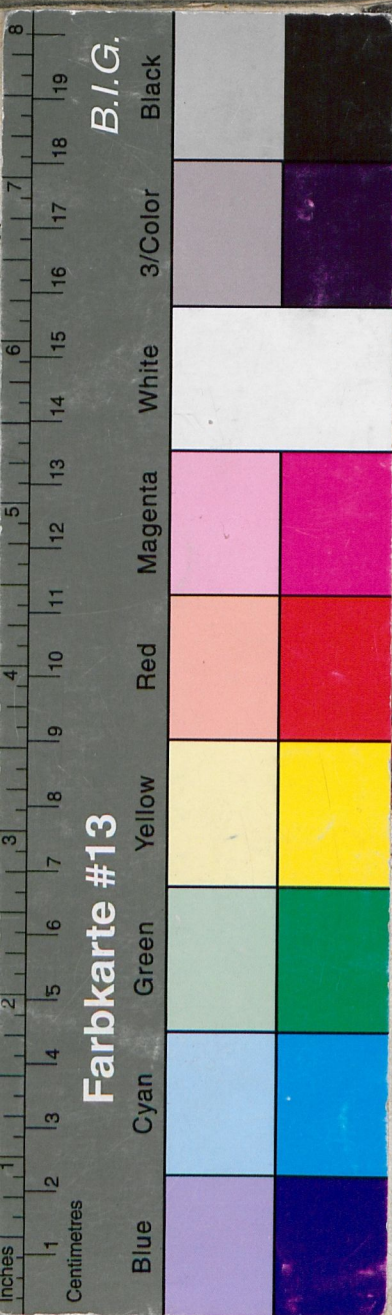
004 590 627

3



f
56.





1770, III 11

DE
DOMINIO PER CONTRACTVM
AESTIMATORIVM ANTE SOLVTIO-
NEM PRETHI IN ACCIPIENTEM ¹⁷⁰¹
NON TRANSLATO
SPECIMEN INAVGVRALE

QVOD
POTENTISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO
GEORGIO III.

MAGNAE BRITANNIAE FRANCIAE ET HIBERNIAE REGE
DEFENSORE FIDEI
BRVNSVICENSIVM ET LVNEBVRGENSIVM DVCE
S. R. I. ELECTORE ARCHITHESAVRARIO
RECTORE GEORGIAE AVGVSTAE MAGNIFICENTISSIMO

ILLVSTRIS
IVRECONSVLTORVM ORDINIS AVCTORITATE
PRO

SVMMS IN VTRQVE IVRE HONORIBVS
RITE ET LEGITIME CONSEQVENDIS
PVBLICE DEFENDET

IOANNES HENRICVS STVHLMANN
ALTONANVS

AD DIEM VI. IANVARIII MDCCCLXX.

GOETTINGAE
EX OFFICINA SCHVLZIANA.