





I. N. I.

DISPUTATIO IVRIDICA
DE

19
1703, 10^e

TRANSLATIONE
DOMINII IN CONTRA-
CTV ÆSTIMATORIO.

QUAM,

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO

FRIDER. WILHELMO,
REGNI BORVSSIÆ, ELECTORATVS BRAN-
DENBVRGICI ET RELIQVARVM PROVIN-
CIARVM HEREDE &c. &c.

IN REGIA ACADEMIA ERIDERICIANA

PRÆSIDE

DN. IVSTO HENNINGO *Böhmer*
I. V. D. & Prof. Publ. extraord.

IN AVDITORIO MAIORI

d. Nou. 1703.

Publicæ diquisitioni subiicit

AVTOR

DANIEL RAVE, Hauerbergensis.

HALÆ MAGDEBVRG. Litteris Orphanotrophis.

DISPUTATIO
DE
TRANSIATIONE
DOMINII IN COMPTIA
CIVITATIS TORONTO
RECTORIS MAGISTRI
DOMINO
FRIDR. WILHELMO
DENBURGI
CIVITATIS TORONTO
IN REGIA ACADEMIA
DISPUTATIO
DE
MAGISTRO
FRIDR. WILHELMO
DENBURGI
CIVITATIS TORONTO
IN REGIA ACADEMIA



Disputatio

De

TRANSLATIONE DOMINII IN
CONTRACTV ÆSTIMATORIO.

§. I.



Volent alias Dd, quando controuer-
fias maximi vel alicuius momenti
aggrediuntur, præmittere quæ-
dam de spinosa difficultate thema-
tis propositi & de Doctorū mirifi-
co diffensu circa illā. Verum id qui-
dem in præfenti themate non adeo

*Generale mo-
nitum circa
hanc mate-
riam.*

mihî integrum est, postquam paucissimi hanc contro-
uersiam ex fundamentis genuinis eruere laborauerunt,
imo pauciores vix eam attigerunt, vt adeoque eo magis
inoffenso pede me in hoc themate enucleando progred-
di posse arbitratus sim, offensus nullius auctoritate aut a-
liqua præconcepta opinione. Quo magis enim crescunt
Dd. diffensiones de aliquo themate, quo minus ad veritatis viam per-
uenire possimus. Vnde non adeo mirandum erit, si

A 2

ma-

magnum Dd. aceruum pro vtraque sententia pugnantem haud adducere possim, vt interim tamen, quæ dubia probabiliter hic adduci possent, non omittam.

*Methodus tractandi the-
matis.*

§. II. Ceterum vt propositæ quæstionis enucleatio eo clarior & dilucidior appareat, altius paulo rem repetere, & naturam totius negotii perlustrare cogor. Quia enim animaduerti in ipso negotio contractus æstimatorii superesse plures scopulos ante superandos vel a Dd. non sufficienter remotos, hos limites mihi ipsi circumscribo, vt (1) breuiter naturam negotii perspicue exhibeam, & ab aliis negotiis affinis distinguam, & deinde ipsam quæstionem propositis dubiis resoluam. (2) ex Legibus Romanis (3) etiam ex praxi, & subinde (4) conclusiones ex resoluta quæstione deducam.

*Origo huius
contractus o-
stenditur.*

§. III. Dum itaque ante omnia rem hanc ex negotii ipsius natura eruere studeo, merito quantum fieri breuibus potest, naturam contractus æstimatorii intueri & 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 atinet, satis eleganter eam exprimere videtur Ictus in *l. i. ff. de contr. emt. vendit.* ostendens, olim venditionem fuisse incognitam, & vnice permutatione mutua alterum alterius indigentia subuenisse, & sic respicit Ictus ad simpliciora Gentium tempora, vbi adhuc innoxio vitæ genere ruri viuebant, & ex agricultura vitæ subsidia quærebant. Vnde & Tacitus de Germanis interioribus adhuc suo tempore asseruit *de morib. German. c. s.* quod *simplicius & antiquius permutatione mercium vtantur.* Quo simplicius enim viuunt & facilius indigentia mutua suppleri potest, eo

eo magis pecunia carere possumus. Vnde etiam eo tempore *contractum æstimatorium* fuisse incognitum, non vltiori indiget declaratione, quia, vt mox ostendendum erit, vnice hoc negotium per venditionem celebratur, imo est quædam emtionis venditionis species. Addit vero porro ICTus difficultatem permutationum ansum dedisse ad eligendam eiusmodi materiam, cuius perpetua esset æstimatio, & sic introductam esse emtionem venditionem. Neque vero adeo difficile est causas huius difficultatis eruere, si modo ad ea, quæ iam iam dicta sunt, respexerimus. Videlicet difficultas permutationum non dependet ex *natura ipsius negotii*, quamuis id velit Paulus in *cit. l. i.* sed potius ex *statu hominum corruptiori*, & semper in deterius ruente. Cum enim simplicior vita paucioribus contenta transmutaretur in luxuriosam & ambitiosam, & ita homines variarum rerum copiam ambirent, indigentia adeo aucta fuit, vt iam non amplius permutatio sola sufficiens esse potuerit. Hinc alia varia negotia orta, quod Germanorum vitam simpliciozem relinquentium exemplo eleganter illustrat Conring. *de urb. Germ. tb. 78.* In primis vero ciuitatibus introductis negotia inter homines multiplicari debuerunt, cum, quo maior indigentia nascitur occasio, eo magis quoque hominum animi intenti sint ad supplendam hanc indigentiam, tum vero nullibi magis ambitio & luxus dominatur, quam in ciuitatibus; Quid ergo mirum, si nullibi magis commercia exerceri cœperint, quam in ciuitatibus, & sic emtiones venditiones ita inualuerint, vt permutationis vsus inde rarior fieret, deserta & abiecta plane vita simpliciori.

*Origo emtionis
venditionis.*

§. IV. Commercium itaque pretio *eminenti* semel introducta admodum variare cœperunt, prout avaritia inluxu-

Introducitur avarie emtionum

Species ex indigentia orta.

Summaria de scriptis contractibus æstimatoriis.

Summaria de scriptis contractibus æstimatoriis.

luxuria & superbia quotidie hominum genus magis magisque corruptit. Et quidem emtio venditio vel omnibus hominibus communis facta, vel peculiaris certis assignata hominibus in certis mercibus. Illa ad *domesticas* & alias necessarias indigentias supplendas spectat, & inde vocatur *œconomica*, hæc vero in specie *mercatura* dici cœpit, & peculiari generi viuendi attributa est, quod imprimis in ciuitatibus frequentari solet. Prior emtio venditio, quatenus non denotat peculiare genus viuendi, vel fit ab ipsis rerum dominis, vel ab aliis ad hoc negotium specialiter deputatis, qui recipiunt sub certa æstimatione rem aliis vendendam vel sibi retinendam, vel restituendam. Cui enim sæpius contingere possit, vt quis res superfluas habeat, vel etiam pecunia indigeat, vt hinc ex necessitate res quasdam mobiles pretiosas alienare necesse habeat, & 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 *pruata* autoritate, vel *publica* hoc negotium in se suscipiant, & ita res illas æstimatas a Dominis rerum suscipiant aliis vel vendendas, vel sibi retinendas, vel restituendas. Harum autem personarum vt plurimum hæc conditio est, vt sub fide silētii 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, & pro diuitibus haberi velint. Hinc cum eiusmodi hominibus non aliter solet contrahi ac quidem cum ordinariis mercatoribus, vbi non disquiritur, a quibus merces has vel illas, fide habita

ta acceperint, an proprio nomine merces vendant, an ex commissione alterius mercatoris: simpliciter quippe sequimur fidem mercatoris. Cum vero porro rarius homines soleant pretiosa alienare, hinc simul eiusmodi personæ ad hoc adhiberi cœperunt, vt res aliorum sub pignoris nexu aliis tradant, accepta loco eius pecunia mutua eis, quorum interest, restituenda, vbi itidem non sollicite disquiri solet, aut oportet, quis ea pignora dederit, sed etiam huius feminæ fides hac in re ordinarie respicitur, quasi ipsa res oppignoraret in proprios vsus & commodum. Nam & hic aliquid indulgendum esse vanæ ambitioni hominum puto. Vt itaque huiusmodi homines, qui alias *Propole* dicuntur, duplici officio fungantur, (1) vt res *estimata* pro certo pretio vendendas accipiant (2) vt res aliorum nexu pignoris supponant & subiiciant.

§. V. Quod 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 sæpe diuenduntur. Hi enim tantum eum in finem adhibiti sunt, vt principaliter contrahentibus inseruiant *mediatorum instar*, & 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, & negotium principaliter inter emtorem & venditorem absolvitur.

*Differentia
Propolarum ab
arbitratoribus;*

§. VI. Porro quoque sedulo cauendum, ne *mandatum de vendendo* confundamus cum hoc negotio. Sæpe enim aliis, qui alias huic viuendi generi se non addixerunt, mandatam dari solet, vt res alterius nomine alienent, & quidem illud tunc facillime dignoscitur, si res *in genere ad vendendum*

*Distinctio
mandati de
vendendo a
contractu esti-
matorio vulgari
reiuicitur.*

vendendum pro *iusto pretio*, non adiecta speciali æstima-
 tione, datur id quod tamen ad præsens negotium, de quo
 hic agimus, pro forma & essentia requiritur. conf. Hahn.
ad Wes. ad Tit. de æstimat. n. 5. Sed in eo latitat maior diffi-
 cultas, quando quis mandatum accepit de re vendenda
 pro certo *determinato pretio*, qua ratione tunc distinguatur
 a *contractu æstimatorio*. Nam tale mandatum dari posse,
 perspicuum est ex *l. 5. §. 3. ff. mandat.* vbi casus de eo, qui
 mandauerat alteri, *vt fundum suum venderet centum*, ex
 quo negotio mandati actionem dari asseritur. At vero
 si res vendenda æstimata detur, oritur inde contractus
 æstimatorius, imo negat Ictus mandatum inde oriri *l. 1.
 ff. de æstimat.* Miratus certe sum, a plerisque Dd. hoc du-
 bium intactum & inexcussum esse relictum. Equidem
 Dn. Schwedendorff. *de contract. æstimat. §. 6.* in eo diffe-
 rentiam mandati ab hoc negotio quærit, quod manda-
 tum 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 mer-
 cedem. Ex eo itaque, quod recipiat mercedem,
 non discernitur ab aliis negotiis. Addit vero, acci-
 pientem non teneri præcisè rem vendere, quod ta-
 men in mandato stricte requiritur. *l. 46. l. 5. ff. mand.* Sed
 hoc ipso non tollitur dubium ex *l. cit. §. 3.* desumptum.
 Ponamus Caium in mandatis Meuiο dedisse, vt ædes
 suas *centum* venderet. Quid itaque iuris, si ædes ven-
 dere non possit, an itaque stricte obligatur ad ædes ven-
 dendas? Et quid si ipse ædes retinere velit pro hoc pre-
 tio, annon hoc ei erit permiffum. Sine dubio itaque
 negotij natura hoc indicat, vt vel pretium vel si vendere
 non possit, ipsas ædes restituat. Nam & mandatum sub
 alter-

alternatiua obligatione subsistere potest. Quid enim, si Meuius Seio in mandatis dedit, vt vel transactione vel legitimo processu controuersiam decidat, vel: vt certam rem emat, vel pretium restituat, nonne & hoc casu alternatiue obligatur, & mandatum verum subest? Ergo euident est naturam mandati & contractus æstimatorii exinde dignosci non posse.

§. VII. Tentabo itaque, an alia via scopulos hosce vitare possim. Certe potissimam differentiam specificam a forma & essentia rei petendam esse, logici optime tradunt. Iam contractus æstimatorii essentia fundatur in æstimatione determinata, adeoque ex huius natura vtriusque diuersam rimari naturam conueniens erit. Scilicet varie æstimatio 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 non tangimus, sed pertinet vel ad affectionem, vel ad dispositionem testamentariam. De posteriori hic sumus solliciti, cum agamus de contractibus vtriusque paciscentium consensu constantibus, & hæc æstimatio dici solet *conventionalis*, quatenus consensu vtriusque est definita. Potest vero hæc æstimatio fieri duplicem ob finem, vel vt consistat, quanti res sit, ita vt si forsan postea æstimatio ab altero præstanda sit, statim rei pretium in promptu sit, & alter, ad quem res spectat, liberetur ab onere probandi, vel etiam vt alter certum rei pretium scire possit, cuius forsan interest, illud scire, & tunc æstimatio dicitur *taxationis gratia* esse facta: vel etiam ob hunc finem, vt alter pro hac æstimatione rem illam sibi habere debeat & æstimationem præstare, & tunc est vera emtio venditio: vel ita, vt tradens eius arbitrio committat, vtrum rem acceptam

Vera differentia eruitur.

Varia consideratio æstimationis.

Æstimatio sic vel taxationis gratia,

vel venditionis gratia.

reddere, an vero æstimationem conuentam præstare velit, & tunc quasi venditio videtur interuenisse, hinc æstimationis gratia adiecta videtur.

Declaratur distinctio ex legibus.

§. VIII. Quæ res ut eo clarior euadat, placet illam ex ipsis argumentis rerum deducere & illustrare. Res dotalis marito dari solet sæpe sub certa æstimatione. Sed prout dictum duplici ratione. Sic conuenit, ut maritus aut rem dotalem aut æstimationem præstaret, venditionis gratia censetur adiecta æstimatione, & maritus eliger, utrum rem malit offerre, an pretium verum, nisi aliud actum. *l. 10. §. fin. ff. de iure dot.* Ex quo apparet veram characteristicam notam huius æstimationis consistere in obligatione alternatiua, etiamsi debitori nequidem electio superfit. Nam, ut pergit ICrus, *si res non extet, æstimationem omnimodo maritus præstabit*, adeoque cum mulier æstimationem eligere possit, merito venditionis causa pretium adiectum censetur. Ex quo patet, vix approbari posse sententiam Mauritiæ *diff. de æstimat. §. 23.* asserentis, emtionis loco tunc demum æstimationem adici, quando valor rei exprimitur & conuenit, ut non res restituatur, sed illud pretium, quod illis rebus fuit constitutum. Nam sic vera iam est ab initio emtio, cum tamen hic requiratur, ut alternatiue quis obligetur, quod ulterius apparet ex *l. 1. §. 1. de æstimat. l. quotiens. s. C. eod.* ubi dicitur, *quod retinere possit illas res, si pecuniam uxori offerat.* Ex quo concludo, posse eandem etiam non retinere, si pecuniam uxori offerre nolit. Vnde posset dici, quod hoc casu sit *eventualis venditio*, hoc tamen efficiens, ut periculum in maritum transferatur. *arg. l. 1. §. 1. de æstimat. act.*

Exempla æstimationis taxæ

§. IX. Ceterum si conuenit, ut ipsa res præcise restituatur, non vero ita in mariti libero arbitrio collocetur.

locetur, tunc est tantum taxationis gratia pretium adie-
ctū. Eleganter hoc declaratur in *l. si inter virum. 21. C. de iur. dot.* ubi inter virum & vxorem sequens pactū iunitum erat:
*vt si matrimonium intra quinquennii forte temporis quoquo mo-
do esset dissolutum, species æstimate doti date pretiis, quibus æsti-
mate sunt, redderentur.* Quæstio exurgebat, vtrum
venditionis, an vero taxationis causa esset adiecta æsti-
matio? Et respondent Imperatores, taxationis gratia ad-
iectam censerī debere. *Manifestum est, inquit, non pre-
tia specierum dari, sed ipsas species debere restitui: cum in pla-
citis specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur
annexum, ne si species aliqua deminuta fuisset, aut perditā, alio
pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur.* Ex quo con-
cludo (1) hoc in casu principaliter intendi inter partes,
vt ipsæ res tradantur, secundario vero & per accidens, vt
pretium determinatum (2) obligari maritum hic quo-
que alternatiue, sed non eodem modo, vti in casu præ-
cedenti. Nam hic primario obligatur ad rem in specie
restituendam, adeo vt nec illam possit retinere, oblato
pretio, ne aliud pro alio soluatur: secus ac in priori casu,
secundario autem & in subsidium demum ad determina-
tam quantitatem obstrictus est, ad quam alias quoque
non adiecta æstimatione iam erat adstrictus, sed ne pos-
tea de æstimatione litigetur, maioris securitatis gratia,
statim adiicitur. Vnde non idem effectus hic resul-
tant, qui resultabant ex priori casu.

*tionis gratia
adiecte.*

§. X. Sed idem quoque in aliis negotiis, vbi non
æque agitur de dominio quodam transferendo, contin-
gere potest, hoc modo: loco vel commo tibi equum
meum, quem nollem vendere viginti aureis, certe si æ-
stimatio hoc casu faceret venditionem, sequeretur, vt si
equo vitium accideret, imo si funditus per casum aliquem

*Alia exempla
adducuntur.*

fortuitum periret, periculum ad conductorem pertineret, perinde ac si illum equum emisset. Quod si autem illa æstimatione non induceret venditionem, contractus maneret in sua natura, siue in finibus locationis & commodati, in quibus contractibus, si dolum & culpam præstat, non tenetur de aliis damnis casu fortuito emergentibus. Diceres, vnde cognoscere possum, quando æstimatione pariat venditionem? illud iam satis colligi potest ex iis, quæ §. anteced. dicta, & eodem modo ad hunc applicari casum debent. Simile exemplum occurrit in *l. 3. ff. loc. vbi fundo locato cuiusdam colono instrumentum rusticum æstimatum est datum, & dicitur ibidem, illud instrumentum rusticum videri veluti emptum.* Quando itaque non obstante æstimatione, res nihilominus restitui debet, illa non parit venditionem, sed vt 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 æstimatione adiecta sit, vt colono liberum videatur, an pretium an rem velit restituere, tunc æstimatione est venditiouis causa adiecta.

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

§. XI. Verum cum non semper constet, an æstimatione facta fuerit, tanquam venditio, an vero tanquam taxatio nuda, recurrendum est ad probabiles coniecturas, & in primis videndum, quid actum sit inter partes: de quo si non constet, præsumendum est in dubio, venditionis gratia esse adiectam æstimationem, si contractus per se sit dominii translatiuus, nisi ex mente paciscentium aliud appareat. Hinc si contractus in scriptis fuerit celebratus, inspiciendum præcipue ad præfationem, ex qua statim colligitur mens & voluntas paciscentium, nam in illa tenor contractus semper præmitti solet. conf. *Dn.*

Dn. Io. Stryk *de iure præfat.* In aliis vero contractibus, ubi non agitur de dominio transferendo, magis iuxta naturam propriam contractus concludendum esse puto, partes potius voluisse æstimationem adicere taxationis causa.

§. XII. Ceterum vt in viam redeamus, non credendum est, tunc statim fieri contractum æstimatorium, si alicui negotio æstimatio venditionis causa est adiecta, aut vbi quis alternativè obligatur vel ad rem restituendam vel ad pretium: sed negotia bene sunt distinguenda: aut enim negotium propriam iam habet naturam, & ei tantum per pactum adiectum adiicitur æstimatio, & sic vel manet negotium in suis terminis & substantia propria, vel in aliud degenerat. Hoc tunc contingit, quando præcise ita æstimatio adiicitur, vt non res, sed præcise æstimatio restituatur: nam sic est vera emtio venditio, & partes potius aliud videntur simulasse negotium, v. g. quando quis locat ædes sub tali conditione, & sic hoc casu etiam actio emti venditi locum habet *l. 1. C. de iure dot. l. 16. ff. eod.* Illud vero contingit, si alternativè ita æstimatio adiicitur, vt antea dictum, & tunc quidem quodammodo natura negotii alteratur, sed manet tamen ipsum negotium in sua substantia, adeoque si ita essent locatæ ædes, vt vel ipsæ ædes 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* & irregularis redditur, quo casu tamen non amittit statim omnem suam naturam *arg. l. 24. de pos. multo minus est contractus æstimatorius, quamvis enim etiam hic subsit alternativè modus obligandi, tamen illud obstat, quod hic agatur de negotio suam propriam natu-*

Æstimatio venditionis gratia adiecta non semper facit contractum æstimatorium.

Quando contractus æstimatorius subsistit.

ram habente, cui tamen per accedens tale pactum adiicitur. Tunc vero demum contractus æstimatorius subsistere intelligitur, quoties quis hoc modo obligatur, ut tamen negotium ad nullum aliud per se subsistens & propriam habens naturam, referri possit, ceu quoque ostendit Ictus in l. i. pr. ff. de æstimat. Est itaque **CONTRACTVS ÆSTIMATORIVS**, quo res alicui, qui ordinarie tale negotium suscipere solet, vendenda datur sub certa & determinata æstimatione, ita videlicet, ut ei liberum relinquatur, velitne ipsam rem, an vero æstimationem prestare. Quamvis itaque possit dici, illum in se continere euentualem venditionem, tamen talis non hic cum ipsa actuali venditione confundenda.

Distinctius ostenditur, quare ratione a mandato de emendo differat.

§. XIII. Ex his suppositis facile iam colligi possideretur, quare hoc negotium a mandato, vel etiam locatione, si merces accesserit, differat. Iam ostensum, in hoc negotio per essentiam requiri, ut quis alternativè obligetur vel ad pretium, vel ad rem restituendam. Vbi vero talis occurrit æstimatio, ibi semper venditionis causa æstimatorio adesse æstimationem venditionis gratia. At si tantum mandatum interuenit, & de hoc constet, vel etiam locatio conductio, tunc æstimatio tantum *notitiæ gratia* adiicitur, ut alter possit eo rectius fines mandati observare, ita, ut si res non possit vendi pro illo pretio, præcise domino restituenda sit, imo si possit maiorem summam pro illa re accipere, & ad hanc quoque restituendam simul obligetur. Res itaque ex intentione agentium est diiudicanda, utrum contractum æstimatorium, an mandatum de vendendo gratis inire voluerint.

Ex quo possit concludi, magis esse celebratum mandatum,

§. XIV. Melioris declarationis gratia hic quasdam adducere lubet circumstantias, ex quibus concludi potest, magis esse celebratum mandatum vel locationem,

nem, quam æstimatorium contractum. Primo ante ^{quam contractum æstimatorium.} omnia respiciendum *ad conditionem personæ*, cum qua negotium celebratur. Quod si enim quis amicum proficientem Lipsiam rogaret, vt horologium suum ipsi datum ibi vendere curaret pro 50. thaleris; hic si nulla merces interuenerit, est mandatum, quod gratis & ex mera beneuolentia expeditur: si autem promissa fuerit, degenerat in contractum locationis conductionis, quia pro præstanda opera videtur data. Quod si vero eiusmodi personis negotium fuerit commissum, quæ publice res vendendas in foro circumferre solent; contractus æstimatorius censerur initus. Effectus consistit in eo, si mandatarius tanquam amicus meus nec talem publicam negotiationem exercere solitus rem vendendam, pluris præter mandantis opinionem vendiderit, nihilominus omne pretium restituere tenetur, vt etiam locator operarum pro accepta mercede: Ex aduerso autem, si propola plus accipiat, non vlterius 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 sollte die Sachen feilbieten/wenn er aber einen Kauffmann darzu hätte / so sollte er kommen / und es ihm erst ansagen / die weil er alsdenn erst sich resolviren wolte / ob er es noch verkauffen 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 verkauffen könnte / so wolte er es præcise wiederhaben / und sollte er es nicht behalten können / tunc contra pactum agere nequit, sed si emtorem inuenire non potest, absolute ad rem restituendam compelli potest ex mandato vel locato conducto. Possit enim dans*

tis interesse, ne accipiens rem sibi retineret pro pretio præstituto & determinato, quod forsan timendum fit, ne ipse ita commode pretium soluat, uti alius, vel si quis malit rem potius Titio vendi, quam alii, quia isdem hoc casu meram subest mandatum; cum danti non liberum fit, illam rem sibi retinere. Sic quoque, et tunc subesse mandatum reor, si procuratori meo ordinario rem vendendam dederò, quia *sub illa qualitate* censeor ei hoc commississe, uti alia mea administrat negotia. Item si non præcise certam adieci æstimationem, sed tantum obiter dicens, *er solte sehen / ob er etwa die Uhr vor 50. oder 60. thl. ausbringen könte / weniger möchte ich wol nicht nehmen* / nam & tunc venditio esse nequit, nequidem eventualis, quia adhuc non constat de certo & determinato pretio, quod tamen requiritur.

Ex qualitate persone etiam cognoscitur, si ritum contractus æstimatorius sit initus.

§. XV. Sicuti itaque ex qualitate personæ, quæ cum contrahitur, & modo, quomodo contrahitur, colligi potest, quæ ratione mandatum inritum fit: ita quoque pariter ex qualitate personæ colligitur, quod non mandatum, sed contractus æstimatorius inritus sit. Et hoc tunc puto in dubio præsumendum esse, ubi quis cum eiusmodi femina contrahit, quæ huic viuendi generi publice se addixerit, ut res vendendas æstimato 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.

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

§. XVI. His igitur præsuppositis quæstio exsurgit, qualis contractus in dubio intelligatur, si alicui res æstimata pro certo pretio vendenda fuerit data; an magis dicatur mandatum, quod gratis suscipitur, an vero con-

conductio certæ operæ, an denique contractus æstimatorius? Profecto si ab omnibus hæctenus in §§. antecedentibus adductis circumstantiis plane abstraham, tale negotium ad contractum æstimatorium tuto referri posse existimo. Indubitarum enim (1) est, ipsos ICtos Romanos valde super hoc negotio disputasse, & in dubium vocasse, cuiam contractui talis actus similis esse possit; alii qui putarunt, quod hoc casu, cum alicui res æstimata vendenda tradita, competat contra accipientem actio ex vendito propter æstimationem huic negotio adiectam, cum in dubio omnis æstimatio efficiat, vt res habeatur vendita; alii vero ex locato vel conducto quasi alterius opera rei vendendæ 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 tollendæ & declinandæ vltioris controuersie gratia* actionem de æstimato seu præscriptis verbis dederunt, cum alioquin danda fuisset nominata actio, si nominato contractui hoc negotium conuenisset. Hinc optime concludit ICtus in l. i. ff. de æstim., melius visum fuisse actionem specialem ex hoc negotio dare, pergens ita: *Quoties de nomine alicuius contractus ambigitur, conuenit tamen aliquam actionem dari propter æquitatem singularem, quæ concurrat, dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem.*

§. XVII. Vnde iudicari potest facillime, quid respondendum illis sit, qui hoc negotium ad peculiarem contractum referre volunt, inter quos quoque deprehendo Dn. Titium in obseruat. suis ad Lauterb. tit. de æstimat. qui arbitratur, hunc contractum duplici modo intelligi debere vel pro tali negotio, quo certo pretio res æstimata

Ratio prima, quod sit contractus æstimatorius in dubio dicendus.

aliquam actionem dari propter æquitatem singularem, quæ concurrat, dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem.

An contractus æstimatorius sit separatum negotium.

vendenda datur, ut vel pretium solvatur, vel venditione non
 secuta res ipsa reddatur; vel etiam pro alio, sibi non tantum
 procedens tractatus intercedit, sed & ipsi accipienti convenit ut
 res venditur, siue ille vel ad rem reddendam, vel ad pretium
 solvendum obstringitur. (Prior contrahendi modus, inquit,
 periculum rei acceptæ non transfert, bene vero posterior, licet
 & hunc in dubium adhuc vocet, cum ut is, qui operas
 suas principaliter promittit, rei periculum sustineat, id
 extraordinarium, nec temere præsumendum sit.

Respondetur
 ambis.

§. XVIII. Verum responderi potest ex ipsa vete-
 rum Ictorum intentione, utpote qui ipsi animadvertente-
 runt, huic negotio aliquid singulare inesse & longe differ-
 re a reliquis negotiis. Idcirco, cum ipsis satis liquidum non
 videretur, an emtio, locatio, vel mandatum subesset, sin-
 gularem actionem huic negotio dederunt, & ad actio-
 nem præscriptis verbis provocarunt, seu quæ semper in
 dubio, si de contractus vel actionis certo nomine non
 constat & plane incertum sit, quale negotium inter partes
 fuerit conventum, locum vindicat.

Habet peculia-
 rem actionem
 & naturam.

§. XIX. Et hinc apparet, quod si negotium hoc
 non esset distinctum ab aliis, peculiarem & plane separa-
 tam actionem non accepisset, nam secundum philoso-
 phos diuersus effectus semper testari debet de diuersa
 causa, & certe absurdum foret concedere, esse emtionem,
 & tamen inde non dare actionem emti venditi ordina-
 riam. Et denique eodem iure, quo emtio venditio di-
 citur, dici etiam posset locatio vel mandatum, quia & que
 quoque ab illis negotiis aliquid participat, & tamen pro-
 inde non debet statim dari actio mandati vel locati:
 constat quoque ex iis, quæ de origine huius nego-
 tii dicta sunt, plane esse diuersum negotium hunc con-
 tractum ab emtione venditione ordinaria; quam
 nis

Probatum id est
 verius ex natu-
 ra huius negotii

uis in quibusdam analogiam cum ea habeat: minus accurate itaque cum ea confunditur. Et fatetur ipse laudatus Autor inesse huic negotio eventualem emtionem, quo ipso fateri necessario debet, non esse ipsam venditionem. Et repugnat planè naturæ emtionis venditionis, hæc *alternativa obligatio*, quæ in contractu æstimatorio occurrit, cum tamen secundum ordinarias regulas emtionis venditionis emtor præcise ad pretium solvendam obligetur: & sic si esset emtio venditio, posset cogi propola, vt pretium solueret & rem retineret, quod est contra naturam huius contractus.

§. XX. Deinde quoque (II) ordinarie in quavis ciuitate, vbi eiusmodi feminæ reperiuntur & approbantur, illisque res æstimatæ pro certo pretio vendendæ traduntur, simpliciter tales res earum fidei concedi solent, ex ea vnice intentione, vt illas pro pretio determinato vendant, & 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 hic contractus æstimatorius; nam eo ipso dum rem tradidit, magis respexit ad pretium, quam ad restitutionem rei vendendæ, & insuper accipientem primario voluit esse obligatum ad solutionem pretii, secundario autem & ex accidenti ad redditionem rei si non vendi possit. Verum vti in dubio semper id præualet, quod vt plurimum accidit, & omnis interpretatio faciendæ est contra eum, qui clarius loqui debuisset *l. 39. ff. de pact.* ita etiam cum ordinaria huius negotii natura cum talibus feminis inita sic comparata sit, vt si ipsæ res æstimatæ vendendæ data, potius in-

Novum argumentum, quod in dubio non possit mandatum presumi hoc casu.

telligatur contractus æstimatorius, quam aliud negotium, ea propter sibi imputare debet eiusmodi dans, quare in concedenda re alteri vendenda clarius non fuerit locutus.

Tertium argumentum.

§. XXI. Accedit (III) & hoc, quod pacifcentes cautiore esse & omnia exprimere debeant, quo cuilibet 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, imprimis cum tales feminae publicam soleant habere fidem, nec quisquam opus habeat explorare sollicitè, vnde eiusmodi res acceperint, sed sufficiat modo ipsis vèdendæ fuerint datæ. Quod si autem mandatum esset, auctorem denominare tenerentur, cum in mandato magis respectus ad mandantem quam mandatarium habeatur; in simul si merum mandatum interueniret inter dantem & accipientem, & hic fines mandati excederet, tertius nunquam securus esse, sed dominus illam rem semper reuocare posset, & tertius sibi imputare deberet, quod non cautius mercatus fuisset.

Quartum argumentum.

§. XXII. Porro (IV) si tale negotium in dubio indistinctè præ se ferret naturam mandati, accipiens non teneretur de periculo, cum ad illum ordinariè spectare debeat rei periculum, qui alicuius rei dominus est, mandatarium vero illius rei, quæ ipsi demandata, nunquam fit dominus, sed tantum Procurator rei alienæ est (vnde quoque differt a procuratore in rem suam) consequens est, quod non teneatur de periculo. Illustr. Dn. Stryk *de Caut. Contr. S. 2, c. 11. §. 22.* At vero si præsens negotium. vti

vt hæcenus a nobis descriptum est, confidero, tunc apparet periculum esse accipientis, dum æstimatio idcirco interuenit, vt pretium soluat & rem quasi emtam habeat per l. 2. ff. de æstimat. In genere enim ita iuris est, vt in alternatiua obligatione res altera pereat ei, qui illam præstare debet, etiamsi res alternatiue vendita fuerit, l. 34. §. 6. de contr. emt. vend. conf. Dn. Hert. de elect. ex oblig. alternat. debitori debita sect. 3. §. 4. quod ita multo magis in præsentî negotio iuris esse debet, vbi itidem electio est debitoris. Id. c. 1. sect. 1. §. 4. Hinc etiam (V) communiter hoc negotium solet separari ab aliis negotiis conf. Huber. ad tit. cit. §. 2. Struu. Exer. 25. th. 4. & quotidie videmus eiusmodi feminas tales res publice vendere solitas peculiari nomine insigniri & negotium hoc vulgo haufiren auff den Trödeln sigen dici solere.

Quintum argu-
mentum.

§. XXIII. Porro (VI) si negotium hoc ad mandatum in dubio esset referendum, æstimatio tantum adiecta esset taxationis gratia. At vero hoc rursus est contra naturam huius negotii, prout communiter iniri solet, vt & contra alternatiuam obligationem, vt modo dictum. Nam ita pariter tradens omni tempore rem commissam repetere posset, quamdiu nondum esset vendita, cum mandatum semper reuocari potest, re adhuc integra, & sic pœnitentiæ 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 quæsitam interuertere, & rem præcise repetere, cum alioquin plus petitionis exceptione merito remoueretur secundum §. 33. l. de action. Hinc quoque hoc in negotio alternatiue esse libellum concipiendum optime monet Godofredus in not. ad l. 1. ff. de æstimat. conf. Carpz. lib. 1.

Nonum argu-
mentum.

Resp. 106. n. 1. Formulam exhibet Schwedendorf in tract. de act. expos. special. c. 3. m. 33.

Progressus sit ad principalem questionem, Eorum transferatur dominium in hoc contractu.

§. XXIV. Hæc fufius eum in finem fuerunt deducenda, quia hisce non recte iactis fundamentis de primaria quæstione, in qua neruus totius disputationis versatur, recte iudicium fieri nequit, si enim simplex subesfet mandatum, Domitiana foret quæstio, scrutari, vtrum transferretur dominium, sed cum iam fufius deduxi, contractum æstimatorium longe differre a mandato nec neque ad posteriorem contractum commode referri posse, iam deuenio ad primariam quæstionem huius disputationis, an nimirum in contractu æstimatorio distincto scil. ab aliis hæctenus enarratis negotiis, & si non constat, quod inter partes in specie aliud fuerit actum, transferatur dominium in accipientem, ita, vt quodammodo de ea re accepta disponere possit. Plures negatiuum tuentur, inter quos refero Dn Schwedendorf. in disput. cit. Dn. Schilt. ex. 32. §. 5. & Dn. Titium in dict. obseruat. ad Lauterb. 627. quorum hypotheses lubet paucis in medium proferre atque examinare.

Prima ratio dubitandi.

§. XXV. Primum enim a dissentientibus afferitur, quod omnis actus sit æstimatorius ex intentione agentium. Iam vero in proposito negotio intentio dantis esse non videtur, quod dominium transferre velit in accipientem nondum soluto pretio, sed potius vt accipiens rem vendat, & acceptum pretium soluat: quatenus autem nondum est res vendita, illa nondum potest dici in alterum translata, sed adhuc manere in pristino statu, vti fuit ante contractum. Accedit, quod animus transferendi domini in dubio non præsumatur, nisi doceatur.

§. XXVI.

§. XXVI. Deinde (II) quamuis ab initio intendatur emtio venditio a paciscentibus, dum datur res, quo illa pro determinato pretio vendatur, & ita animus & voluntas alienandi *eventualiter* adfit: attamen cum a neutra parte nondum in effectum deducta sit plenum, nec dans se declarauerit, an in accipientem dominium rei vendendæ transferre, nec accipiens an pro determinato pretio rem acceptam retinere velit, illa alienatio tamdiu manet in suspenso, donec accipiens se declarat, se pro æstimato pretio rem velle retinere & dans consenserit. Nam sicut pendente conditione omnes effectus in suspenso sunt, donec conditio extiterit, ita pariter illud, quod eventualiter fit, instar conditionis habetur, donec aliud appareat. *Regulariter*, inquit Dn. Schilter, *Ex. 32. §. 5. nondum translatum est dominium, quia recipiens non sibi emit, & facultatem rem reddendi habet.*

*Secunda ratio
dubitandi*

§. XXVII. Accedit (III) quod accipiens periculum rei æstimato ita datæ non omnimodo sustinere teneatur, sed secundum Vlpianum *in l. 17. §. 1. de P. V.* variaz circumstantiæ inter se distinguendæ sint; Nam ita Labeo, *si quidem ego Te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter, nostrum: sed durdaxat consensus, teneri te hæcenus, ut dolum & culpam mihi prestes.* Ex hoc itaque textu dilucide liquet in hoc negotio ad accipientem, non indistincte redundare rei periculum, sed vniçe sæpe tantum teneri ad dolum & culpam. Quod si igitur dominium in ipsum esset translatum, quæstio esset Domitiana, an teneretur de rei periculo, cum ad dominum & deteriorationis & amissionis & interitus rei periculum pertineat, sicut ad ipsum pertinet rei commodum per §. 3. *I. de emt. vend. l. 12. C. locat. l. 11. C. si cert. pet. Brunnem. ad l. 9. C. de pignor. act. n. 1. Meu. p. 1. D. 196. n. 5.*

*Ratio dubitan-
di tertia.*

§ 6. Dn. Io. Sam. Stryk *de immun. Domin. a periculo in præfat. Disp.*

*Quartaratio
dubitandi.*

§. XXVIII. Ad hæc (IV) in hoc negotio non currit ipsa emtio venditio, alias enim non opus esset, vt illa prius vendenda traderetur, sed sufficeret, si modo in præsentī negotio tale non obseruatur, falsa videtur esse hypothesis, quod transferatur dominium, & incongruum esse videtur, quod communiter argumentum a veræ emtionis effectu ducatur ad hanc eventualem, cum talis adhuc subesse hic videatur differentia, vt inter actum perfectum & imperfectum vid. Ill. Dn. Cocceius *de iure circa actus imperfectos.*

*Quintaratio
dubitandi.*

§. XXIX. Porro (V) iuxta communem traditionem Doctorum liberum quoque est tradenti rem vendendam ante factam venditionem iterum repetere & impedire, quo minus accipiens citra eius voluntatem rem vendat, cum accipientis interesse non videatur, vtrum res vendenda ipsi data vendatur, an vero domino restituitur, exceptione itaque *tua non interest* repelli possit, accipiens, si denegaret restitutionem: insuper quoque si forte res iam iam vendita, & accipiens ultra pretium determinatum acceperit, etiam id, quod pretium conuentum excedit, tradenti præstare & restituere accipientem teneri volunt, cum nullum lucrum alicuius rei ad illum spectare potest, cuius non est dominus, hic vero non adest dominium, igitur quoque abesse debet lucrum.

*Sexta ratio du-
bitandi.*

§. XXX. Porro (VI) hoc negotium magis imitatur naturam tam mandati quam locationis conductionis, sicut autem in his contractibus nullum dominium transfertur, ita & in hoc negotio, cum vel instar mandati vel

vel locationis sit, neque lucrum neque vllum dominium ad accipientem pertinere videtur.

§. XXXI. Præterea (VII) licet vel maxime supponamus, dominium hic transferri posse ob emtionem venditionem, quæ sic subesse intelligitur, tamen etiam sic videtur translatio domini 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 R. Diuis. ita multo minus in hoc contractu æstimatorio, vbi tantum adest euentualis emtio venditio, præsertim cum regulariter fides de pretio habita non præsumatur, sed in facto consistat, & doceri debeat. vid. Dn. Stryk de fide habita tot. c. 4.

Septima ratio dubitandi.

§. XXXII. Denique ex iure deduci non posse videntur, contractum æstimatorium referri inter titulos transferendi dominium, licet nonnulli hoc eruere conentur ex l. 1. pr. de æstim. vbi vox dandi occurrit, ex qua tamen inane argumentum videtur desumi posse, cum etiam in iure sub datione illud aliquando deprehendatur, de cuius transferendo dominio non agitur Barnab. Brisson. de V. S. voce dare.

Vltimum argumentum, quod magis præsumatur æstimatorius contractus quam mandatum.

§. XXXIII. Atque hæc sunt fulcra dissentientium. Cum vero non eiusmodi roboris sunt, vt in partes suas trahere possint, hinc veriore existimo contrariam sententiam, dominium scilicet hic in accipientem transferri. Fundamenta potiora sunt sequentia: primum deducit ex alternatiua obligatione, quæ in hoc contractu est penes accipientem, vi cuius aut rem in eadem bonitate, aut pretium restituere tenetur; Dn. Hert. de elect. ex oblig. altern. debit. debita S. 1. §. 4. Iam vero huius obligationis natura est, vt a debitore vel res vel pretium nunquam simpliciter, sed alternatiue exigí possit, cum

Contraria sententia defenditur, scil. transferri dominium.

Primum argumentum petitur ex alternatiua obligatione.

D

alias

alias electio debitori, quidnam præstare velit, non maneret salua. Argumentor itaque (1) *quamcunquerem non possum præcise vindicare repetendo, tibi non mansit dominium penes dantem, sed in accipientem transit. Atque in contractu æstimatorio dans non potest præcise repetere. Ergo.* Maior firmisimam nititur rationibus, cum ille, qui rei alicuius dominus adhuc est, non agat alternatiue, sed præcise restitutionem rei vrgere possit, siquidem inuito domino aliud pro alio solui nequit, in hoc contractu vero dans facultatem non habet, sed necessario tenetur actionem formare *alternatiue*, ceu supra deductum est, per consequens penes ipsum dominium non mansit, sed transit in accipientem. Ex eodem fundamento nunc vltius infero: *quicumque est debitor rerum alternatiuus, ille etiam sine dubio vtriusque rei dominium habere debet: atqui in hoc contractu. &c. 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. Vltius infero: *aut dominium rei acceptæ transit in accipientem, aut mansit penes dantem.*: si prius non vltiori quæstione opus est, sed sic habeo quod volo: si vero posterius: esset simplex mandatam vel locatio conductio, & sic frustra specialis actio hic inuenta esset, quod supra refutatam.

Secundum argumentum ex æstimatione venditionis gratia adiecta.

§. XXXIV. Deinde ex supra iactis fundamentis apparet, æstimationem in hoc negotio adiectam semper factam intelligi *venditionis gratia*, siquidem dans determinando pretium non vltius animum habet rem venditam sibi habendi, sed potius accipiendi pretium.

um. Quæ cum ita sint, sequitur vt etiam dominium translatum sit, cum omnis æstimatio 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 & pretio; ita pariter in hoc negotio deprehendimus *consensum* vtriusque, tam dantis, quam accipientis, *mercem*, quæ quæ vendi debet, & *pretium* determinatum, quamuis in eo adhuc adfit diuersitas, quod accipiens hic non teneatur præcise 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 transferret dominium, quis quæso, cum eiusmodi feminis contraheret, inprimis si secure contrahere vellet, cum semper dubium esset, an haberet mandatum, rem pro tanto pretio vendendi, imo facilius dans reuocare rem posset, sub hoc prætextu, quasi fines mandati mandatarius non obseruasset. Ast quoniam secundum mores *magis contrahitur cum ipsis feminis, & potius harum personam & fidem sequimur*, cum sciri non possit, quis eis rem vendendam dederit, eiusmodi feminæ quoque autorem non indicent, merito etiam dominium translatum, saltem hunc in finem, vt licite & 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 cautiuserunt versati, cum quilibet gnarus esse debeat eius conditionis, quocum contrahit.

Tertium desumitur ex origine huius negotii.

Quartum de
sumitur a peri-
culo, quod su-
stinet accipi-
ens.

§. XXXVI. Præterea cuius est periculum rei, illius quoque ordinario 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. ff. de estimat* ubi dicitur, æstimatio periculum facit eius, qui suscepit, ergo & dominium. In hoc vero negotio merito hoc iniquum foret, nisi simul foret dominus. Obstare quidem videtur *l. 17. §. 1. ff. de P. V.* ubi non indistincte periculum in accipientem transfertur, sed certæ circumstantiæ supponuntur, in quibus accipiens de periculo saltem tenetur: verum hæc lex non loquitur præcise de tali negotio, de quo agit præsens disputatio, sed ibi sermo est de tali contractu, ubi magis *taxationis* quam *venditionis gratia* æstimatio censetur adiecta, id quod apparet ex subiecta distinctione, dum disquiritur, *ICtus, quis rogauerit?* an dans, an accipiens, & sic hoc negotium in casu ibi proposito magis inclinatur ad mandatum. Imo taxationis causa tantum esse æstimationem adiectam, docet quoque illa circumstantia, dum supponitur casum, rem acceptam periisse *ante venditionem*, ut ita præcise ad vendendam data fuerit, qualem casum quoque supra §. 14. supposui. Nec obstat, quod hinc alternatiua obligatio subsit, nam, ut supra §. 6. dictum, illa quoque latitat in *taxatione*, sed plane diuersa ratione. Scilicet obligatur hic præcise aut ad rem vendendam, aut restituendam rem in specie. Cur vero ICtus hic concedit actionem P. V. non vero mandati, si est mandatum? Hoc apparet ex subiecta distinctione, quæ indicat speciem ibi propositam fuisse incertam, propter varias circumstantias, adeoque formulam mandati, tanquam negotii certi & determinati, hic non potuisse applicari, quamuis alias mandatum subesse videatur. Quod si enim

nim rem non ita consideremus, Vlpianus sibi ipsi contradiceret in *l. 1. de æstimat. §. 1. P. V.*

§. XXXVII. Accedit (V) quod accipiens exercere possit effectus dominii, & rem acceptam vel in proprios vsus conuertere, vel etiam aliis donare, quos effectus alter impedire non potest: fin autem dominium penes ipsum mansisset, haberet facultatem prohibendi, cum vero prohibitio deficiat, dans non potest amplius esse dominus. Quod si enim rem repetere vellet simpliciter, ipsi obstaret exceptio plus petitionis *ex §. 33. I. de action.* cum accipiens habeat ius quæsitum, vt possit eligere, vtrumne magis pretium soluere velit, quo absolute alter contentus esse debet, si ad pretium soluendum se offerat.

Quintum argumentum desumptum ab effectibus dominii.

§. XXXVIII. Ceterum (VI) nobis nec hic contradicunt illi, qui *eventualem emtionem* supponunt, modo sano sensu explicetur. Nam hæc non confundenda est cum *conditionata*, quæ plane nullum supponit contractum, sed suspendit, donec conditio existat, cum conditio nihil ponat inesse. *Eventualis* autem emtio est quodammodo veræ venditionis species, etiam si sub certo eventu 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 *eventualis emtio*, quoad omnes effectus, id quod ex iure satis notum est. Quis vero dubitaret, hic nec transferri interim dominium? Ita quoque in præsentem negotio eatenus *eventualis emtio* admitti potest, quatenus accipiens possit rem restituere, si velit, & dans rem repetere, si alter nolit soluere pretium, id quod semper & ordinarie in omni obligatione *alternatiua* contingit, vbi si vna res non existat, debitor amplius

Argumentum sextum ex eventualem emtionem desumptum.

eligere nequit, sed quod superest, præstare debet. Igitur si accipiens soluendo esse desierit, & rem retinere & pretium non potest, sed hoc casu præcise ad restitutionem rei tenetur. Sicuti in emtione sub pacto commissario, si rem ex emtione retinere velit, tenetur pretium intra tempus præstitutum soluere. Et denique, vt verum fatear, dici potest in hoc contractu latere quidem eventualem quandam emtionem, si effectum respicias, sed non si initium, quia dans hic alterum alternatiue obligare voluit, quæ in eventuali emtione sub illa forma non adest, sed ibi res simpliciter venditur, pacto demum adiecto, vt ad restituendam obligetur, si pacti adiecti conditio extiterit. Ex eventu enim, non ab initio, demum constat, vtrum fuerit alternatiue obligatus

Afferuntur Patroni huius sententia.

§. XXXIX. Ne vero amplius aliquod dubium superfit, breuiter ad rationes in contrarium adductas erit respondendum. Et quidem auctoritati dissentientium (si modo autoritatibus sit certandum) opponimus Dn. Stryk ad Lauterb. tit. de æstimat. verb. *transfertur dominium*. Dn. Hertium de conuent. domin. *translat.* §. 3. Dn. Berger. in *Resolut.* LL. ad tit. de æstimat. q. 1. Lauterb. de *contract.* in nom. §. 2. n. 2. seqq. Schilter ad *Pistor.* p. 3. q. 130. n. 88. Dn. Schœpffer ad tit. de æstimat. Vnde etiam Ill. Dn. Stryk. in *tract.* de act. inuest. S. 1. m. 4. §. 11. contractum hunc ad contractus dominii translatiuos refert.

Respondetur strictim rationibus dubitandi.

§. XL. Quoad ipsas rationes vero excutiendas breuis esse cogor. Circa primam in §. 24. nego, quod hic non adsit intentio dominii transferendi, quæ ex eo ipso per necessariam consequentiam adest, quatenus alterum alternatiue obligat, qui rem ita æstimatam dedit. In secunda confunditur eventualis emtio cum conditio-nata, quæ confusio iam ante in §. 38. remota: & quamuis,

uis, quod Dn. Schilter obiicit, non sibi emat, est tamen in effectu, 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 §. 36. Quarta est satis impertinens; nec enim sequitur, non est veramentio venditio, ergo non transfertur dominium. Quinta petit id, quod est in principio, & aliquoties iam est reiecta conf. Ill. Dn. Stryk in not. ad Lauterb. *ad tit. de æstimat. verb. a mandato.* Idem dicendum ad sextam, ubi liquido confunditur mandatum de vendendo cum hoc contractu.

§. LXI. Quæ cum ita sint, facile nunc de conclusionibus iudicium ferri potest. Sic sæpe quæri videas, vtrum is, qui dedit eiusmodi feminis res vendendas sub certa æstimatione, possit agere contra tertium *b. f.* possessorem, si femina illas non vendiderit, sed pignori forsitan dederit, & ipsa femina post non soluendo exstiterit? Hoc quidem certum est, si femina tales res ipsas adhuc possideret, posse contra eam agi, vt restituat, quia qui alternatiue obligatur, si alterum præstare non possit, ad alterum præstandum simpliciter tenetur. Sed cum res iam penes tertium possessorem sit, & ipsa femina saltem actione personali, præscriptis verbis, potuisset conueniri ad præstandum alterutrum, quæ contra tertium possessorem institui nequit, insuper vero rei vindicatio hic cesset ex causa deficiente, ceu pluribus hætenus ostensum, hinc actioni non esse locum contra tertium possessorem putarem.

XLII. Et secundum hanc sententiam Illustris huius Academiae Facultas Iuridica Anno 1701. Mens. Aug. pronunciauit. Verba Responsi sunt sequentia.

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

Responsum.

Hat dessen Eheliebste N. N. mit einer geschwor-
nen und in Eid und Pflicht genommenen Käufflin und
Hausirererin / K. K. genannt / unterschiedl. gehandelt /
auch ihr auff verschiedene Pfände etliche 100. Fl. gegen
Verzinsung mit. 6. pro cent. hergeliehen / und derselben
als einer geschwornen Käufflin und Hausirererin / die mit
Versezung der Pfände und Verkauftunge allerhand
pretiosorum ihre Nabrung getrieben / völlig gegläubet /
Sie aber die obgedachte K. wider allen Eid und Pflicht
die ihr zum Verkauf gegebene Stücke bey dessen Liebste
versezet / das darauff empfangene Geld mit ihrer Tod-
ter üppiger Weise durchgebracht / worauff dieselbe zwar
zur verdienten Straffe in das Zuchthaus gebracht / die
Leute aber / so ihr / der Hausirererin / solche pretiosa zu
verkauffen gegeben / anjese wieder N. sich melden und ihre
Sachen zu vindiciren trachten / deshalb gefraget wird:

*Quaestio.**Rationes dubi-
tandi.*

Ob bey so gestalten Sachen NN. die bey ihr versez-
te Pfände ohne Entgelt auszulieffern schuldig sey?
Ob nun wol die Hausirererin und Käufflin nicht be-
fugt gewesen / die ihr ad alienandum anvertraute Sa-
chen zu verpfänden / und also es das Ansehen gewinnen
möchte / als ob sie res alienas versezet / nun aber in rech-
tlichen befannt / quod pignus a non domino constitu-
tum non valet

L. 2. § 3. C. si alien. res pign. data sit. L. 36. pr. §. 4.
ff. de pignor. Act. iunct. L. 22. §. 2. L. 36. §. 11. cod.
Hahn. ad Wesenb. tit. commod. n. 4.

Zudem der mit der Hausirererin und Käufflin getroffe-
nen Contract von Seite dererjenigen / so ihr die pretiosa
zu veralieniren anvertrauet / mehr ein mandatum als
contractus æstimatorius zu seyn scheint / quia sicut man-
datum ad emendum valet, ita etiam ad vendendum, &
vero

vero notissimi iuris, quod mandatarius non possit conditionem mandantis deteriore reddere, si quid contra mandatum egerit.

L. 10. C. de procurat.

& qui excedit fines mandati, aliud quid facere videtur.

L. 5. pr. ff. mandat.

Zu geschweigen/ daß die Hausirererin zu der Zeit / wie sie die Pfände bey N. N. versetzet / nicht mehr soluendo gewesen / und also N. N. mit derselben weiter zu contrahiren billig Bedencken tragen sollen / wozu denn kömmt/ daß die Hausirerin nur auff 200. Fl. Amts caution geleistet / und also N. N. billig behutsamer gehen sollen / ihr mehr Geld auff Pfände zu geben/ als ob besagte caution austräger.

D. a. d. die obgedachte Hausirerin und Kaufflin K. K. eine in Eid und Pflicht genommene Person gewesen / und also N. N. umb desto sicherer mit ihr wohl contrahiren können/ zumal ihr vitæ genus darinnen bestanden/ daß sie theils die ihr ad alienandum gegebene Sachen verkauffet oder sonst dieselbe auff Pfände versetzet / und man also ihr als einer personæ iurata wohl trauen dürffen / auch nicht in diesem Fall nöthig ist / zu inquiriren / ob der geschwornen Hausirerin die Sachen ad alienandum oder ad pignorandum gegeben / weil man sonst nicht sicher mit einer solchen Frau contrahiren könte / in dem 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 æstimata ipsi vendenda ea lege, data fuerit, vt illa vel rem ipsam reddat, vel pretium conuentum soluat, billig pro contractu æstimatorio zu halten.

E

L. I.

L. 1. ff. de estimat.

Dd. commun. ad tit. cit.

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

Stamler *de contract. disp. 15. tb. 11.*

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

Lauterb. *ad tit. de estimat. ab init.*

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

L. 1. §. 1. ff. de estimat.

Und folglich hier keine oppignoratio rei alienæ, sed pro-
pria vorhanden ist / zudem auch hier ein solcher casus, vbi
vtrinque certatur de damno vitando, vbi ordinarie pos-
sessoris conditio debet esse melior, in pari enim causa me-
lior est conditio possidentis.

L. 4. §. 13. de dol. mal. except. L. 91. §. 3. de V. obl.

Nerizan. *cons. 79. n. 17.*

Menoch. *de presunt. lib. 6. pres. 66. n. 7.*

Welchen denn nicht entgegen steht / quod pignus a non
domino constitui nequeat, zumahlen hier keine res alie-
na verpfändet / sondern talis, cuius dominium habuit fe-
mina oppignorans, und ist in Rechten gar nicht fundirt /
daß der contract, so man mit geschwornen Hausirer erit
celebrirt / solte mehr ein mandatum als contractus æsti-
matorius seyn / zumahlen ein grosser Unterscheid ist / ob
ich einen ordre gebe / meine Sachen zu verkauffen / wel-
ches ein mandatum ist / oder ob ich einer solchen Frau sub
contra æstimatione zu vereusern oder vor sich zu bebal-
ten / überliedere / quo casu non est amplius mandatum,
sed contractus æstimatorius, æstimatio autem venditio-
nis

nis causa adiecta transfert dominium in accipientem, vt libere alienare & ita quoque oppignorare possit.

L. 10. §. 4. L. 16. ff. de iure dot.

L. 31. ff. locati.

L. 58. ff. inter vir. & vxor.

und obgleich die Hausirerin tempore rerū oppignoratatum nicht mehr mag soluendo 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 sollte / als N. N. auff Pfande gegeben / so ist doch durch Bestellung solcher caution Niemand verboten worden / auff ein höhers mit ihr bona fide zu contrahiren / zumahlen wenn die Hausirerin gar keine caution gestellet / doch solches der N. N. nicht präiudiciren könne.

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

§. XLIII. Similiter quaeritur, an dans rem vendendam habeat in concursu creditorum prioritatem in re vel pretio inde redacto? Distinctione res est expedienda. Aut est mandatum inritum nudum de vendendo, aut praesens negotium. Si prius, vindicari res potest, si adhuc extat, alias creditor est tantum quoad pretium, modo fidem de pretio habuerit. Quod si vero mediante contractu aestimatores 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, quæ distinctio liquido probata est in l. 5. §. 18. de tribut. act. Pro hoc quoque praesumptio est, quod dans in dubio hoc in casu in creditum iuerit, quam primum

Quatenus in
concurso dans
preferatur alio
is;

rem tradidit, dum accipientem alternatiue obligauit, Menoch. *de presumt. l. 3. pr. 2. f. 79. n. 4.* quia res ipsa, quæ quis dat, dominium transfert, & sic fidem de pretio habere videtur. conf. Coll. Argent. *de estimat. Hahn. diff. de estimat. th. 34.*

COROLLARIA.

IN possessorio summario ^{1.} testi iniurato non creditur.

^{2.} Iure Saxonico contractus a muliere absente curatore celebratus est inualidus, etiamsi præsentis fuerint agnati mulieris & consenserint.

^{3.} Equum est ac iustum, vt si commune periculum vnius vel alterius damno auersum, singuli pro rata damnum referant.

^{4.} Omne damnum aut partem eius absque vllò lucro in se recipere socio licitum videtur, cum sit species donationis, hinc societatem Leoninam in rerum natura non dari puto.

^{5.} Iudex suspectus potius remouendus quam testis, cum ille maius præiudicium parti inferre valeat.

^{6.} Laicus super facto matrimonii cognoscere non prohibetur, etiamsi regulariter causa matrimonialis singulare habeat forum, nimirum consistorium.

Dum

DVm specimen doctum cathedræ iam fistis a-
mice,
Monstrasti studium iuris & ingenium.
Perge viam cœptam Te digna brabea sequentur,
Ac labor impensus nullus inanis erit!

Gratulabundus adiecit

SAMVEL STRYKIVS, ICTUS.

EN militasti strenua castris manu,
Astræa queis & alma præsidet Themis!
Nunc scandis in campum, docesque quid iuuet
Sudasse: docta, RAUE, dextera bene
Linguaque, transferri, æstimatio 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 & agnoscat forum.

D. C. D. SCHVBART, P. P.



NOBILISSIMO DOMINO

RESPONDENTI

S. P. D.

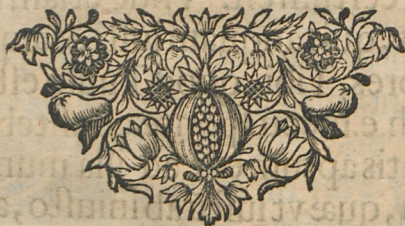
PRÆSES.



Vanquam meo non indigere videaris suffragio & testimonio de Tua eruditione & egregiis in iure profectibus, quippe de quibus abunde præsens Tua disputatio testari potest, tamen haud intempertuum esse duxi, meam gratulationem publicis acclamationibus adiungere, præsertim cum Tuus in me affectus aliæque rationes priuatæ id a me postula-

ftulare videantur. Laudo vero imprimis Tuum propositum, quod etiam omnes probi mecum laudabunt, quod operam Tuam non perdidideris, sed eam eiusmodi themati destinaueris, quod haectenus parum excussum esse constat, & quod tamen in ipsis rerum argumentis saepe numero obtinere posse certum est. Vnde etiam non deerunt, qui tanquam iusti & æqui aestimatores, Tibi, quod Tuum est, tribuent, h. e. mecū sponte confitebuntur, Te satis aptum esse ad illa munia obeunda, quæ vt iustū ab iniusto, æquum ab iniquo seperetur, in Rebus publicis constituta sunt. Quernadmodum itaque haectenus ita rem Tuam gessisti, vt omnes boni Tibi applaudant, ita quoque præsentibus hisce gratulationem meam subiungo, ex toto animo ad reliquum vitæ Tuæ cursum omnem

mnem gratiam diuinam & benedicti-
onem vt & prosperitatem Tibi appre-
cans. Vale & rem Tuam in poste-
rum quoque beneage. Dab.
d. 13. Nouemb. 1703.



ULB Halle
003 892 832

3



fb.



inches

Centimetres

Farbkarte #13

B.I.G.

Blue

Cyan

Green

Yellow

Red

Magenta

White

3/Color

Black

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

19

1703, 10²

I. N. I.

DISPV TATIO IVRIDICA
DE

**TRANSLATIONE
DOMINII IN CONTRA-
CTV ÆSTIMATORIO.**

QUAM,

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO

FRIDER. WILHELMO,

REGNI BORVSSIÆ, ELECTORATVS BRAN-
DENBVRGICI ET RELIQVARVM PROVIN-
CIARVM HEREDE &c. &c.

IN REGIA ACADEMIA ERIDERICIANA

PRÆSIDE

DN. IVSTOHENNINGO *Böhmeri*

I. V. D. & Prof. Publ. extraord.

IN AVDITORIO MAIORI

d. Nou. 1703.

Publicæ diquisitioni subiicit

AVTOR

DANIEL RAVE, Havelbergensis.

HALÆ MAGDEBVRG. Litteris Orphanotrophai.