

R. 2950/1.
DISSERTATIO INAUGURALIS
JURIDICA

DE

CONTRACTUS AESTI-
MATORII NATURA
ET INDOLE;

QUAM,

EX DECRETO ET AUCTORITATE
INCLYTI

JURECONSULTORUM ORDINIS,

IN

ALMA UNIVERSITATE LITERARIA
DORPATENSI,

PRO SUMMIS IN JURE DIGNITATIBUS
INDEQUE PENDENTIBUS PRIVILEGIIS

ET

IMMUNITATIBUS OBTINENDIS,
PUBLICAE ERUDITORUM DISQUISITIONI

D. 24. JANUARIII MDCCCXVI SUBJECIT

A U C T O R

CHRITSOPH. IOAN. HOEPPENER,

SECRETAR. IN JUDICIO PROVINCIALI DISTR. WIKIENSIS,
ADVOCATUS ORDIN. IN SUPREMO CAESAREO JUDICIO
PROVINCIALI, QUOD REVALIAE EST.

DORPATI,

LITERIS MICHAEL. GERHARDI GRENZII,
TYPOGRAPHI ACADEMICI.

MDCCCXVI.

BIBLIOTH.
ACADEM.
DORPATI

Imprimatur:

ea tamen lege, ut excusa ne prius veneat, quam ipsius
septem exempla apud Collegium deposita sint, cui libro-
rum censura mandata est.

D. CHRISTN. JUL. LUDOV. STELTZER;

Censor.

830377

V I R O

PERILLUSTRI ET EXCELLENTISSIMO

BERNARDO JOANNI L. B.
DE UEXKULL;

AUGUSTISSIMO ET POTENTISSIMO RUTHENIARUM
IMPEATORI A CONSILIIS STATUS ACTUALIBUS,
GUBERNATORI PROVINCIAE ESTHONICAE IN CAUS-
SIS CIVILIBUS, ORDINIS ST. ANNAE, PRIMAE
CLASSIS, ET ST. VLADLMIRI, SECUNDAE CLAS-
SIS, EQUITI,

V I R O ,

TUM

MUNERUM, TUM NATALIUM SPLENDORE

I N S I G N I ,

SUMMAE VENERATIONIS ANIMIQUE
GRATISSIMI

MONUMENTUM HOC

SACRUM ESSE JUBET

A U C T O R .

VIR PERILLUSTRIS, EXCELLENTIS-
SIME ET CONSULTISSIME, GRA-
TIOSISSIME FAUTOR!

Etsi, summam dignitatem Tuam cogitanti, mihi videri poterat, me a temeritatis suspicione liberari non posse, qui audeam, tanto nomini parvulum hunc libellum inscribere, prima studii continuati specimina literaria exhibentem; tamen facile spero, fore, ut hoc, quidquid audeo, benevole suscepturus sis, Tibique gratiosissime persuasurus, me nihil profecto in cogitationibus tulisse, quam, ut observantissimi animi exemplum Tibi ostendam. Immo e consuetudine ita conjicio, qui, toto die, in

quavis provincia muneris, quo Tuis
sub auspiciis fungor, indulgentissimo
favore Tuo cumuler, et gratiosis-
simo adsensu non raro impellar, ut
curem, qua majori solertia officia
mea adimpleam. Quotidie faciam, ut
Tua benevolentia mihi jucundissima
me digniorem reddam,

Tui nominis

Dorpati, d. 24. Jan. 1816.

cultor observantissimus et obientissimus

CHRISTOPHORUS JOANNES HOEPPENER.

DE

CONTRACTUS AESTIMATORII
NATURA ET INDOLE.

Inter juris romani capita non pauca sunt, quae primum adspicientibus minimi momenti videntur, sed, acute investigata, in foro saepius saepiusque occurrunt, et iudici sudorem suscitant, ne integri et justī nomen sibi parare desinat. Hic omnino numerare licet contractum, cui aestimatorii nomen dederunt. Jureconsultorum plures et docti, tum generalioribus juris commentariis, tum peculiari sermone, hunc explicare; verum haud dubito, quin, mei arbitrii aliquid adjicere et illustrationes inde ortas repetitis studiis perlustrare, deceat.

§. I.

Doctrina de aestimatorio contractu natales suas petit e Digestorum lege prima:

de aestimatoria, (L. XIX. T. 3.) cui titulo Vulgata verbum: actione, adjecit. Legis verba, Haloandri cura vario modo emendata, secundum Florentinam lectionem, ita audiuntur:

Ulpianus lib. 32. ad Edictum.

„Actio de aestimato proponitur, tollendae dubitationis gratia. Fuit enim (ingens dubitatio. Hal.) magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem: an ex locato, quasi rem vendendam locasse (videar) videor: an ex conducto, quasi operas (conduxerim. Hal.) conduxissem: an mandati? Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. Quotiens (quoties. Hal.) enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: (daretur aestimatoria praescriptis verbis actio. Hal.) est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus. §. 1. Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit: Aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit.“

§. 2.

Contractus, de quo in recitatis fragmentis agitur, mere ambiguae qualitatis est; vel Ulpianus ipse dubitat, quod illi tribuendum sit nomen. Attamen non haesitamus de hac re, quod Romanorum solertia nesciverit, quo nomine uteretur. Glossatores dudum voluerunt, ut aestimatorius adpellaretur, et nostrates antiquioris aevi consuetudine delectati sunt, horum arbitrium sibi ubique vindicandi, si qui, nodum ense solvere, nec unquam dubitaverint. Quae mala consuetudo huc usque paululum vix disturbata videtur, ita, ut decenti moderamine, Livii verbis, L.II, c. 37. uti liceret: invitus, quod sequius fit, de meis civibus loquor. Quae, cum ita sint, nescio, qua religione, juste ac utiliter agere, cl. Joannes Ernest. Floercke ^{a)} sibi persuaserit, contractum aestimatorium, ut dicunt, inter nominatos numerandum esse, arbitrando. Contractum nominatum, secundum juris

romani praeceptum, cui jus civile proprium nomen dedit, actioque cognominis comitatur, nemo fuisse dubitat. Aestimatorius, romanorum auctoritate, nomen non accepit, ^{b)} ideoque innominatus est, quod grammaticis, sua arte, latius demonstrare, liceat; sed de actione nominata hoc loco disputare, minus inaptum videtur. Procul dubio enim versatur, actionem geneream praescriptis verbis, in discutiendis negotiis, de quibus in praesenti agitur, in usu fuisse; eique, ut distinguerent tantum in genere, neque ut confundaretur cum aliis ab aestimatione rerum, tum aedilitiae qualitatis, tum ex ipsa venditione, non praetermisso quodam moderamine, oriundis, nomen praescriptis verbis aestimatoriae tribuerunt. Ubinam contractus invenitur innominatus, qui, genereo innominatorum numero complexus, appellatione singulari audiatur? Nuspiam puto. Nomen specificum contractus, in praesenti ad inquisitionem deductus, nunquam habuit, quem Ulpianus ipsum ambiguae qualitatis adpellatur, ideoque ex

eo nullam actionem specifici nominis, sed geneream, praescriptis verbis scilicet, proficisci, disputat, in ipso genere tantum, aestimatoriae nomine distinctam, et adcuratius: de aestimato, secundum §. 28. I. de actionibus (Lib. IV. tit. 6.). Deinde dupondiorum est, scire, quemvis contractum inter Romanos fuisse innominatum, qui praescriptis verbis actionem produxit. Leges ipsae prono consensu verbisque haud fallacibus hanc sententiam amplectuntur, hisce moderationibus philosophantes: Natura rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. Inde necesse est, ad actionem praescriptis verbis confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt; l. 3. 4. 5. D. praescriptis verbis et in factum actionibus (Lib. XIX tit. 5.). Contractui aestimatorio, postea in scholis extraneis hoc nomine vocato, ad nullam juris civilis provinciam haec sive alia singularis adpellatio prodita est; inde innominatorum ordine numeratur, actionem prae-

scriptis verbis producens. Rem magis discutere, tedet; disquisitionem inchoare me ipsum teduisset, nisi infra utilitatem quamdam proferret. Non negandum enim videtur, differentiam inter contractus nominatos et innominatos ex jure Quiritum Flaviano ortam, moribus teutonicis ignotam fuisse, et, frustra dissentiente Carpzovio, hodiernum non esse receptam c).

a) Diss. de contractu aestimatorio, tanquam contractu nominato. Hal. 1756.

b) Jo. Henr. Stuhlmann Diss. de dominio per contractum aestimatorium, ante solutionem pretii, in accipientem non translato. Goetting. 1770. §. VI. pag. 7.

c) Chrn. Thomasius ad Pand. tit. cit.

§. 3.

Relinquamus nomen contractus arbitrium, prorsus de ipsius natura inquisituri. Est enim contractus aestimatorius: cujus vi res mobilis alicui hac lege traditur, ut eam vendat aestimato

pretio aut ipsam eademque qualitate restituat. In hoc omnes consentiunt*); tenore legis principalis, §. 1. citatae, et leg. 17. §. 1. D. de praescriptis verbis et in factum actionibus, convicti, etsi omnes profecto, inter rem mobilem et immobilem distinguere, obliti sint. Oritur inde ex hoc contractu, ad accipientem, obligatio alternativa, ut, pro arbitrio suo, re vendita, pretium determinatum solvat, vel rem nondum venditam in eadem specie restituat, non secus, quam eam acceperit. Deinde negotium est, quo commodum modo in utramque partem, modo in aliam aliamque tantum se vertit, secundum ipsius naturam, seu tenorem conventionis singularem. Tum contractus est bonae fidei et juris gentium, sicut omnes innominati contractus, cujus vi, qui rem offert, neque jus nanciscitur, neque accipienti obligatio oritur, priusquam res vendenda tradita sit. Hoc enim contractuum innominatorum natura non minus constituitur, qui non a verborum conceptione, sed

ab implemento unius contrahentium, firmitatem suam petunt. Haec sunt, e quibus abunde profluit, disputationes Titii, in Obs. 626. ad Lauterbachium, de contractu aestimatorio solo consensu perficiendo, minimi pretii esse.

*) *Hofacker* l. c. §. 1779, et alii. Conf. l. 7 et 8. C. de pactis (L. II. Tit. 3.)

§. 4.

Praeterhaec alia occurrit sententia cl. *Floercke*, all. diss. §. 4. pag. 5. graviter reprobanda, cujusque ope, arbitrii sui veritatem explicare intendit, aestimatorium esse contractum nominatum. Verba mirallico in arenam vocanda ita sonant:

„Inter omnes constat, actiones quae dantur praescriptis verbis, esse stricti juris, §. 28. I. de actionibus, si eam excipis, quae datur ex permutatione. Jam vero haec actio praescriptis verbis de aestimato est bonae fidei. Ergo ex hoc

quoque adparet, magnum esse discrimen inter hanc actionem et actiones, quae dantur praescriptis verbis. Immo actiones praescriptis verbis semper nova accipiebant nomina, a formula, quae semper nova praescribebatur.“

Quin, satis, ad fatim prorsus. Proponitur, contra leges, immo allegatas, ut brevibus repetem, actionem e contractu aestimatorio descendentem non esse praescriptis verbis, quia bonae fidei sit ipsum negotium, et contractus, e quibus praescriptis verbis agatur, ad negotia stricti juris pertineant, excepta permutatione. Ubique hic sophismata mendacia fraudem faciunt. Liceat, quantum possim et in praesenti deceat, discrimen inter negotia bonae fidei et stricti juris explicare.

Quae variae sint Doctorum juris, quam incertae et dispersae etiam ipsae Romanorum sententiae de peculiari bonae fidei negotiorum natura, prae aliis

ab Everardo Otto, in Commentario ad Institutiones Justinianeas §. 28. de Act. eleganter exponitur. Haec autem magis magisque mihi adrident. Omnes bonae fidei contractus e jure gentium inter Romanos profecti sunt. Quod tum eorum catalogo, §. 28. I. de actionibus ^{a)}, exhibito, probatur, tum, quod nullum enumerare possint, qui e jure civili natales suas petat. Praeterhaec, quod statuerunt Romani de effectu et bonae fidei negotiorum tractatione in judiciis eorumque conceptione, formulis ex lege vere nullis adstricta, hanc sententiam roborat. Contractus enim nominati juris gentium actionem quidem cognominem secum ferebant, sed formulam agendi tantum usitatam, conceptione conventionis singularis, jureconsultorum consilio, adcommodatam, lege civili seu jure formulari non praescriptam. Denique contractus hujus indolis, (obligationes enim quasi ex contractu oriundae bonae fidei judiciis quoque suberant) semper duplicem actionem, vel utrinque directam, vel unam tantum

directam alteramque contrariam gignunt ^{b)}.
 Negotia bonae fidei toto die ad vitae societatem et communem consuetudinem sustinendam occurrebant, ideoque, festinante commercii progressu, quibuscunque pactis adjectis iis non prospici poterat, ne, exceptione fraudis adempta et prohibita verborum interpretatione, quaevis et quotidiana injuria iiscum se consociaret. Inde factum est, ut maximam bonae fidei rationem in hisce negotiis statuendam et verborum rigorem, formulamque certam et perpetuam ab iis declinandam, optimo consilio censuere. Inde voluerunt, ut de rebus ita constructis, non stricte ex verborum conceptione, sed ex aequo et bono, scilicet rationaliter, arbitrio ad naturam et anteriorem negotii religionem relato, non, sicut alii putaverunt, prout libuerit, arbitro vel iudice dato judicarent. Quae prae aliis optimi consilii fuere ad obligationes, quasi ex contractu oriundas, cum negotia, quae easdem efficiunt, absque ulla conventionione expediuntur. Hisce sub moderaminibus, e

contractu bonae fidei nominato actio ei propria quidem proponebatur, ex innominato autem, cui actio peculiaris non erat, praescriptis verbis agebatur ^{c)} seu actione incerti, interdum in factum nominata, pro caussarum varietate ^{d)}. Ex his abunde proficiscitur necessitas, inter contractus innominatos omniaque bonae fidei negotia, in ordinem contractuum ejusdem indolis interpretatione redacta et actiones praescriptis verbis indissolubile vinculum statuendi, ac, contra, ab omni inter has et negotia stricti juris agnoscenda necessitudine definiendi. Negotia stricti juris enim cum cognatis suis actionibus, jure stricto, legis civilis seu juris quiritarium nexu formularumque Flavianarum vinculo regebantur, certis firmisque limitibus adeo constricta, ne judici, e bona fide judicandi, arbitrii aliquid relinqueretur ^{e)}. Immo nescio, actiones praescriptis verbis stricti juris esse, quomodo quis profiteri possit. Cautius est et decentius, puto, cineres viri clari non amplius obvagulare, qui

tantas mihi molestias fecit; sed iudicium
 suppressere nequeo, eum ubique in diss. cit.
 non fecisse, ut Livianis verbis iterum utar,
 ne vix unum telum vanum intercedisset ^{f)},

a) Conf. *Cicero* de officiis I. III. C. 17.

b) *Hofacker* Principia juris civilis, T. III. §. 1781.

c) l. 6. C. de transactionibus (L. II. T. 4.); *Vinnius*
 Comm. ad Institutiones Justinianas T. de locatione-
 conductione. Edit. Lugd. d. 1726. p. 685.

d) *Hofacker* l. c. et in Elementis juris civilis roma-
 norum, §. 58. Conf. l. 1. 2. §. 11. D. de prae-
 scriptis verbis.

e) *Hofacker* l. c.

f) Conf. Nic. Hieron. *Gundling* diss. de usu practico
 actionum bonae fidei et stricti juris. Hal. 1724.
 §. 44. p. 35.

§. 5.

Ut rem prorsus exhauriam, fortassis
 ipse molestiam facio, de ortu nominis actio-
 num, de quibus explicavi, sc. praescriptis
 verbis, paululum adhuc inquisiturus; sed
 paucis faciam. Non parum de hac re fabu-
 lati sunt et miro modo, quorum recitan-

dorum non opus videtur. Prae aliis ex animo nego, nomen inde ortum esse, quod praetor arbitro vel judici dato formulam praescripserit, cujus tenore litem decidere oportuerit, ut alii alique voluerunt. Mei non est, ut de rebus subsecivis prolixiori sermone loquar; satis potius, dicere, quid ipse sentiam. Cum enim hocce actionum genus omnibus negotiis erat accommodatum, quae conceptis verbis jus inde oriundum et obligationem puram his praeparatam non exprimebant, arbitrio actoris relinquebatur, curare, ut formula ei apta a jureconsulto praescriberetur, cujus et praescriptorum verborum ope rem gestam et quid petendum demonstraret, eademque demonstratione, nominis et formularum vice, uteretur, scilicet, quibus negotium et actio auxiliaris caret *). Deinde non disputo, quin praetores ipsi petentibus, jureconsultos non adituris, finitis quaestionibus, agendi formulam dederint.

Dubium adhuc obversari videtur, ne-

gotium, de cuius indole et natura inquire-
rimus, anne ita sit comparatum, ut jus
et obligatio, quae hinc proficiscuntur, e
conventionis conceptione satis perspicue,
tum agendo, tum jus dicendo, secundum
communem et inmutabilem formulam ex-
primi potuissent? qua causa actione prae-
scriptis verbis adhibenda non opus fuisset.
Sed responsu non difficile. Satis enim est,
scire, jus dantis in aestimatorio esse am-
biguae, accipientis obligatio alternativae
qualitatis, cuius exemplum jure stricto non
datur; deinde in omnibus juris gentium et
bonae fidei negotiis exceptio doli ideoque
et ea minoris pretii concedebatur, quod,
ad minimum, citra recentiore iuris me-
moriā, ad negotia stricti juris nunquam
contigit. Tum de re proprie hic disputare
cupidi, plura, quae paciscentium intentio-
nem saepius et haud parum obvelatam,
deinde, obligationem dantis contrariam,
tantum ex singularibus caussarum figuris
statuendam, explicant, in §. seq. invenient.

*) *Vinnius* l. c.

§. 6.

Aestimatorii qualitas peculiaris est, quae commodum vel utrinque constituat, ut in genere solet, vel, singulari moderatione, solum in accipientem hoc vertere sinat. Ita enim quodammodo irregularis naturae est, cum omnes alii contractus innominati hujus religionis conspiciuntur, vi cujus commodum ab utroque paciscente sentientium explicant. Insuper hinc non sequitur, bilateralem esse propter commodum reciprocum, quod contractuum innominatorum naturae omnino adversaretur, nempe obligationem non constituentium, priusquam unus paciscentium promissum praestiterit; quo primum caussa obligationis alterius concepta videtur. Bilateralis autem conventio proponitur, qua, ad reciproce praestandum aliquid, paciscentes ab initio se obligant. Verum accessoria obligatio ei, qui praestitit, non raro enascitur, cujus causam alterius promissi adimplementum exhibet. Sed redeamus ad explicandam

ambiguitatem, cujus antea mentionem fecimus. Contendit quidem cl. Floercke diss. cit. §. II. neminem ab aestimatorio commodum sperare, nisi accipientem. Sed tum ipsius contractus natura contrarium docet, tum leges mihi consentaneae adri-
dent. Menti humanae enim finique negotiorum gerendorum nil magis congruum est, quam, quidquid agant, commodi sui caussa faciant. Venundantes profecto non agunt, ut se agitent vel rerum suarum partem; potius, et certe omnes ita sentiunt, ut commodum suo prospiciant. Hinc in genere statuendum puto, in contractu aestimatorio, cujus primae lineae re venundata scribuntur, paciscentes de commodum reciproco inter se esse acturos, ita, ut quisque utilitatis sibi proferendae studiosus videatur. Quisnam enim est, qui, contra, dubitet, accipientem re venum eunda lucrum sibi praeparandum in cogitationibus habuisse. Omnes consentiunt, non nisi de dantis commodum disputantes, de quo citra satis exposuimus. Verum leges ipsae ansam

expediunt. Sunt omnino, qui exceptione a regula communi declinantes, in singularem finem agant, ut, suis commodis renunciando, re venundata accipienti beneficia faciant. De hisce exceptionibus, puto, leges inquirunt quodammodo, eoque regulam ipsam, sive, quod in genere fieri solet, firmant. Clarius, puto, leges loquuntur, quam vel ipsi cogitamus. L. enim 17 §. 1. Dig. de praescriptis verbis (L. XIX. T. 5.) tres enarrat moderationes obligationum periculi rei in contractu aestimatorio suscipiendi, et distinguendo ad eum respicere videtur, apud quem commodum est ab expedito negotio speratum. Hinc trigam explicat commodi sperati, ad effectum juridicum, in specie, e persona diversi, in qua commodi percipiendi spes collocata videtur, ideoque, ut aestimatorii natura recte dijudicetur, trivarias causarum figuras constituens, prout dans, sive accipiens, sive uterque commodum et salutem contrahendo quaerat. Quantum opus fuerit, ut sententiae meae probabilitatem

ostendam, fecisse puto, utilitatis vero abundantiam hinc quaerendam latius exponendi opportunitas prorsus non deerit.

§. 7.

His quasi prologo expositis, non dubito, quin mihi permittatur, parvulos commentarios in legem principalem, scilicet l. i. D. de aestimatoria, scribere, §. i. verbotenus recitatam. Contractus ipsam definitionem lex citata non proposuit. Ulpianum, e cujus scriptis, tanquam particula, profecta est, neque molli brachio de hac re objurgare intendo, qui, ad minimum, in fine §. i. tantum fecerit, quantum ad definitionem quodammodo componendam sufficiat. Errant tamen, qui definiendae rei ansam non vacillantem in hoc Ulpianorum fragmento quaerunt, cujusque vitii vere omnes non inapte accusantur. Primum enim de singulo casu tantum loquitur, quem scilicet periculi susceptio moderatur. Cujus rei explicationem

magis acute perfectam in alio Ulpiani fragmento et ejusdem libri invenimus, nempe in l. 17. D. §. 1. de praescriptis verbis, non raro ante allegata. Ulpiano inde res disperse explicata vitii non est, sed potius compilatorum falsa compositio foras spectat, quorum sudores Div. Justinianus evocavit, ut atrum pandectarum chaos, et vel brevissimo temporum spatio, construatur. Plura de hac re disputare, parvi ad mea refert. Deinde autem definitioni vitium rei non exhaustae juste objicitur. Nuspiam enim rei qualitatem expositam invenimus, qua, ad vendendum data, contractum concipiunt; et miror, jureconsultorum neminem hucusque rei solertius inquirendae rationem habuisse. Immo superest quaestio: an res immobilis sive incorporalis objecti aestimatorii contractus esse possit? Certe, in legibus romanis ubique nec parvulum occurrit vestigium, quo colligi possit, praeter rem mobilem, aliam, aestimatorii contractus lege, ad vendendum dari posse. Deinde ex ipsius natura sequi videtur, hunc contractum,

mediante re mobili tantum, esse expedien-
 dum. Concursu enim et simultanea aemu-
 latione venditionis et mandati, ut aestima-
 torius contractus perficiatur, rem interius
 consideraturo aliud quoddam in cogitatio-
 nibus versari nequit, cum alioquin hoc ne-
 gotium unius vel alterius specificam natu-
 ram sibi indueret. A mandato autem con-
 tractus aestimatorius valde abit, si qui,
 non nisi re tradita, pro perfecto habeatur;
 re immobili autem pro certo ad vendendum
 oblata, purum mandatum proponitur, quia
 res vendenda, in liberae dispositionis finem,
 proxenetæ non traditur, ideoque venditio,
 soluto pretio, respectu ad ipsum, impleta,
 secundum contractus naturam, ut debuisset,
 subintelligi nequit *). Quæ simul ad id
 tendere videntur, ut venditio, cum tertio
 expedienda, nuda rei traditione ubique per-
 fici possit, aut accipiens rem, soluto pretio,
 jam habeat, in cuius pretii compensationem
 solutum est.

*) Ita rem unus omnium etiam explicat *Steltzer* in:
Elementis juris civilis privati; Mosquæ 1811.

§. 8. libro, propter inauditum Mosquense incendium, rarissimo, quem, hoc opusculo fere perfecto, editum esse cognovi.

Lex Prussorum generalis: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Th. 1. Tit. 11. §. 512. integris verbis rem mobilem requirit.

§. 8.

Alia est quaestio, videlicet gravior, quid Ulpianus hoc sermone velit: Fuit enim ingens dubitatio, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, an ex conducto, an mandati? Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. (sc. praescriptis verbis). Multis et omnibus forsitan maximae molestiae fuere haec verba, non de sensu proprio, potius de consequentiis elicitis; quamobrem eorum materiam et interpretationum aptitudinem inquirere pretii videtur. Prae aliis verborum adjunctio, quae l. c. §. 1. continentur, deinde quae his, l. 17. D. de praescriptis verbis, haud leviter contradicente ri-

gore obstant, nubem satis atram conflarunt. Mihi ipsi ita visum est, sed faciam, quantum possim, Horatianum istud in Epistolis:

deme supercilio nubem,

obliturus, ut ipsam verborum et rerum contrariam conditionem et adversum tenorem tollam. Quaestiones controversae, quas Doctorum lucubrationes e legum verbis extorquerunt, ut lumen iis faciat, hae sunt: an traditio rei venundatae alienationem contineat indeque dominium rei apud accipientem constituat; an res oblata ab accipienti revocari vel a tertio possessore vindicari possit; denique, an rei periculum, re tradita, in accipientem transeat? aliaque. Primum, fontes harum disputationum eo promanasse suspicor, quod Ulpianum statuuisse putaverunt dissensum quemdam inter ipsius Romae jureconsultos, quid sit aestimatorius contractus, venditio, locatio, conductio aut mandatum; ideoque adnuente praetore et edicti Hadriani perpetua auctoritate, singularem aestimatorii naturam esse compositam, ita,

ut posthac ex instituto juris civilis peculiari judicaretur. Hoc est, quod siccis legum verbis explicatum iri voluere, et hinc factum est, ut cohortem dubiorum et rerum adversarum exitaverint. Mihi non videtur, rem ita se habere. Nugas agerem, de hisce controversiis, variorum sententias secum certantes ponderando, interius inquirens, qui aliorum verba hoc modo plus minusque repetere commoverer. Caveo et ubique cavi provide ne Martialis verba aculeata me tangant:

calvo nihil turpius est comato.

Cupidiōres potius satisque non instructos, ad diss. ante allegatas et sequentia rejicio: B. L. Schwendendörffer d. d. contractu aestimatorio, Lips. 1665; J. H. Brückner d. sub eod. tit. Jenae 1720; Leyser Med. ad ff. Sp. 221. et Müller ad hunc, Obs. 448; J. H. Boehmer d. de translatione domini in contractu aestimatorio; in Exercit. T. 3; Glück et Geiger Rechtsfälle, B. 2. N. 31, et denique ad Cocceji et Walch jus controversiarum.

§. 9.

Me arbitrante, verba legis i. D. de aestimatoria, tantum de dubiis dudum motis, quae instituenda sit actio, loquentis, quodammodo in ordinem redacta, sic audiunt: Negotium civile, quod traditione rei, ut certo pretio vendatur, vel eadem specie et qualitate reddatur, perfectum habemus, moderaminibus adjectitiae qualitatis, ad alios aliosque contractus propius accedens, e. g. ad venditionem, locationem - conductionem, mandatum, horum naturam imitat. Hinc fieri nequit, ut actione certa ex hoc negotio agatur; potius praescriptis verbis, ita, ut actione proponatur, absque legis formula, quid paciscentes bona fide voluerint et inter se convenientes statuerint. Alium verborum tenorem invenire nequeo, qui praeterhaec sanae rationi et naturae negotii magis con-

gruus animadverteretur. Deinde, omissis aliis, quae interpretationis minus difficilioris e contractus natura singulariter definita, sponte sua, proficisci videntur, l. all. §. 1. conditionem tangit praecipuam, prope modum ab omni regula abeuntem, nempe, periculi in accipientem transeuntis. Hoc autem est, quod Ulpianus mere adjectitiae qualitatis intelligere videtur, dicens: aestimatio periculum facit ejus qui suscepit; sequitur: alias nunquam. Parum abest, quin credam, mecum hoc modo ad interpretandum omnes esse obligaturos. Tum, hac interpretatione naturali, modus, aequae magnam artem non requirens, verba Ulpiani recitata cum iis vel ipsius conciliandi, proponitur, quae l. 17. D. de praescriptis verbis legimus. Verum enim vero hic nodus fuit in scirpo, qui vel omnibus sudorem fecit, ita, ut optimi interpretes certam legum conciliationem minime expedierint.

§. 10.

Opportunum videtur, inquirere primum, quid Ulpianus periculum suscipiendo intellexerit. Procul dubio est, ne caussae quid sit cuiquam, ut de periculo, in contractibus innominatis, expressis verbis suscepto, quaeritet. Ulpianum nihil in cogitationibus agittasse, censeo, quam, ut jureconsultorum ingenio acumen faciat, ne singularissimam caussarum figuram, in contractu aestimatorio positarum, negligent, cujus vi in accipientem vel ipsum rei periculum transire posset, etsi in genere ita non sit, et accipiens, l. 17. D. de praescriptis verbis, ad nihil praestandum obligatus videatur, praeter dolum et culpam levem, puto, in concreto demetiendam. Istud e factis et negotii complicatione eruendum jubet, dicens ideo: aestimatio facit periculum ejus, qui suscepit, scilicet, quod e fine aestimationis praemeditato ejusque ratione explicatur. Contra ideo sequitur, solam aestimationem in contractu aestimatorio non

efficere, ut periculum rei in accipientem transeat, sed ea tantummodo, quae suscepti periculi causam continet; vel alia autem hujus tenoris intelligi nequit, nisi, quam venditionis causa adjectam ajunt. Aestimatio enim contractum ipsa non proponens, tantum aliquam ejus qualitatem adjectitiam demonstrat. Aestimationum hujus generis exempla ad dotis constitutionem et locationem-conductionem inveniuntur. Quisnam est, quem dotis venditae notio fugit? aut locationis, ad rem fungibilem relatae, in usum conductoris, praevia aestimatione, datam, quae scilicet, secundum contractus naturam, commodi aliquid offerre nequit, nisi speciei suae deterioratione seu ipsius interitu. Eadem est, quae in commodato non raro contingit, nempe rei commodatae aestimatio; quamobrem, ut contractui aestimatorio lumen faciant, l. 5. §. 1. D. Commodati vel contra (L. XIII. T. 6.) citare solent, Quae cum ita sint, non inutile videtur, inquirere, quae rei aestimatio in

contractu aestimatorio hanc indolem evulget, qua suspicari liceat, eandem venditionis causa adjectam esse.

§. II.

Lex 1. D. de aestimatoria inquirentis diligentiae et assiduitati nec raudusculum offert, quod premii habeat. Recurramus inde ad. l. 17. D. de praescriptis verbis. Mira lex, quae tantas fecit interpretibus molestias et hucusque jureconsultis facit, sequentia Ulpiani verba §. 1. proponit: si margarita tibi aestimata dederò, ut aut eadem mihi adferres (Hal. adferras), aut pretium eorum: deinde haec (Hal. ea) perierint ante venditionem: cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit (Hal. scribit), si quidem ego te venditor (Hal. ego venditorem) rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter, nostrum (Hal. neutrum), etc. Ul-

piani sententia ergo haec est: qui rogavit, rei periculum habet; et his aenigma satis difficulter revelandum offert. Ardua omnino est quaestio: rogare quid sibi velit? Sentio, precibus interpositis, sui peculiaris commodi caussa, facere, ut negotium quoddam ineatur. Cicero, similem sensum in mente agitasse videtur, Or. Planc. c. 10. dicens: neque enim sic rogabam, ut petere viderer, et alio loco, sc. Philip. 2. C. 30.: si consulatum peteres vel potius rogares; etsi has loquendi formulas alio modo commentari solent. Sed adiamus leges ipsas, quae alio et alio loco eadem formula utuntur et serio me monent, quo minus ab arbitrio, in praesenti proposito, abeam. Prae aliis excellit l. 11. D. de rebus creditis (L. XII. T. 1.), cujus consilia cum iis, quae l. 17. D. de praescriptis verbis, proponuntur, gravi modo communicant; praeterhaec utraque lex ab uno eodemque auctore concepta est. Sic Ulpiani verba audiuntur: Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego,

cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quodsi lancem, vel massam sine tua culpa perdideris prius, quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaestio est? mihi videtur Nervae distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem, vel massam, nec ne: ut, si venalem habui, mihi perierit; quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime, si sine usuris credidi. Primis verbis negotii moderamen explicatur, quo aliquis, mutuaticiam pecuniam rogando, commodum peculiare sibi comparare intendit. Tum describitur aperta liberalitas creditoris, qui, pecuniae in praesenti expers, ut gratum faciat, debitori rem

suam ad vendendum offert, pecuniae comparandae causa, quam deinde mutuo creditam sibi habere possit. Sequitur, aestimationem rei parem fuisse aeris quantitati, quam mutuo accipiendam rogavit debitor; ergo aestimatorius contractus est, de quo agitur. Facillime ex his verus sensus vocis: rogare, colligitur, scilicet, precibus efficere, ut alter, sine spe lucri capiendi, commodis meis serviret. Verum ex his conicere non licet, legis 17. de praescriptis verbis, intentionem fuisse, ut in aestimatorio contractu rei periculum is habeat, in cuius commodum negotium vertit. Sic esse nequit. Commodi enim perceptio individualis culpam quidem praestandam adauget, sed periculum rei ad suscipiendum obligat nunquam. Juris regula enim obtinet Papiniana haec: non videntur rem amittere, quibus propria non fuit, l. 83. D. de diversis regulis juris. Unicam statuerunt exceptionem a regula pernotam, nempe ad venditionem, et haec est, quam, in praesenti, prae aliis in mente agito.

§. 12.

Ideo inquiramus porro, quid Ulpianus voluerit, statuendo, ut periculum rei habeat, qui rogaverit. Quae interpretari forsitan non gravissimi operis. Supponit enim non inapte, rem esse alienatam, quam accepit aliquis, ut, vendendo pro certo pretio, commodum sibi faciat. Praesumitur lege 11. D. de rebus creditis, rem esse in solutum datam, ita tamen, ne rei alienatio amplius obtineat, si res aestimato pretio vendi nequeat. Inde proponitur, periculum apud dantem manere, qui rem venditam apud se venalem habuit, cujusque ideo interfuit, ut vendatur. Accipiens, negotio ita concepto, mandatarius magis spectat vel operarum locator, cui mercedis est, quod vendendo pluris adquisiverit. Sequitur, leges non spectare ad minimum alterius lucrum, potius, earum arbitrio, rogasse, qui, sublimioris commodi ratione, ad negotium ineundum sibi persuasus est, etsi alteri forsitan, prius negotium petenti,

pro fine consequendo, lucri vel commodi aliquid, vel ipsius negotii natura, statuatur. Deinde, etsi regulam leges proponunt: periculum sentiat, qui roga-
verit; non denegandum videtur, facta, e quibus conjicitur, et praesumptionum ex annuente lege elicitorum virtutem, exceptionibus, quae potiores inveniuntur, elidi posse; quod vel omnibus bonae fidei negotiis consentaneum est.

§. 13.

Liceat, ut de singulis casibus peculiari sermone agatur aliquantulum, qui l. 17. de praescriptis verbis distinguuntur et ante §. 6. recitati sunt. I. Casuum primus numeratur: si ego te venditor rogavi, meum est periculum, h. e. lege interpretationis antecedentis: si lucrum et commodum apud dantem versatur, qui ideo de negotio ineundo rogaverit. Hoc sub moderamine ideo dantis omnino interest, ut res vendatur;

accipiens forsan lucri aliquid, opera in rem vendendam consumpta, sibi habere intendit, etsi ei non opus sit, ut de commodo hoc acquirendo elaboret. Sin hoc, periculum rei apud dantem manet, in accipientem nunquam transiturum, qui dantis negotia vel ex mandato gratuito, vel pro mercede sperata tantum expedire videtur, quamobrem venditio inter hunc et dantem concepta in cogitationibus ferri nequit. Sed exemplum, l. 11 D. de rebus creditis, exhibitum, nempe, quo demonstratur, periculum apud dantem retineri, si qui rem habeat venalem, i. e. hunc non vendidisse, sed mandasse vel conduxisse videri, ad regulam generalem etollere non licet. Nego quoque interpretationis aptitudinem ^a), rem publice venalem supponentis, cum legis verba hoc neque velint, neque dubitari possit, quin idem de qualibet re obtinere debeat, quam vendendam possessor omnino optet. Hoc enim, praeterque nihil, requiritur, quo, possessorem rogavisse accipientem, ad statuendum commovemur. Cum

ita non sit, res, immo, publice venalis periculum in accipientem transferre potest. Hoc, puto, contingit, quoties aliquis merce ostiatim circumferenda quaestum exercet, cui fides inter mercatores deficit, ita ut illi, tantum ad quoddam tempus brevissimi spatii ^{b)}, singulis mercibus pecunia non praesenti offerendis, victum porrigant, adjecta stipulatione, ut, in mercis compensationem, certum pretium, mediocritate sua ad accipientis commodum spectans, vel solvatur, vel res ipsa, tempore definito, incolumis reddatur. Vel idem contingit, quoties, simili moderamine, mercator aliqui, adversa fortuna cruciatio, merces benevole offert, ut quaestum sibi negotiique consuetudinem, victus conquirendi causa, praeparet.

a) Sic interpretatur *Hofacker*, Princ. juris. T. 3. §. 2055, not. a.

b) Lex generalis Prussiae, l. c. §. 511. ad naturam contractus aestimatorii definiendam voluit, ut semper dies praefigatur, quo vel pretium solvendum vel res venundata sit restituenda.

§. 14.

II. Altera est negotii moderatio: si tu me rogasti, periculum tuum; i. e. si lucrum et commodum adprime ab accipiente speratur, ideoque, eum rogasse, nobis persuadetur; quamobrem venditionem conditionatam cum rogante initam praesumere licet, ideoque periculum, accepta vel tradita re, statim in eum transit. Sed quaestio nascitur: an scrutarius, pro sua consuetudine, res non novas aut a possessoribus usu exceptas vendendo quaestum faciens, periculum rei venundatae suscipiat? Rationibus ante expositis nego, nisi rogaverit. Verum conjicere potius licet, eum non rogasse, cum praesumptio pro eo militat congrua et contraria, religione negotii sui pernoti exspectante, qui aliquid offerant, ut officia sua ipsis praestet. Ut moderni usus elocutione utar, ad subtile romanorum discrimen inter mandatarium et operarum locatorem acute non respiciens, quisquis, negotii complicatione

venditionis conditionatae suspicacionem non
 exitans, tanquam commissarius rei ven-
 dendae consideratur, qui personam pro-
 prietarii repraesentando, periculum rei sus-
 cipere non obligatus videtur. Non inop-
 portunum fortassis praemonere, ne personae
 scrutarii, proxenetae, et commis-
 sarii secum commisceantur, etsi priorum
 unus et alter, non raro commissarii officio
 fungatur. Proxeneta enim, qui germanica
 voce: *Mäfler*, audit, jure romano intelli-
 gitur, quo interveniente, ad contrahendum
 in quovis negotio utimur, etiam sordido,
 l. 3. D. de proxeneticis (L. L. T. 3.);
 sed hodierno jure officia ejus ad negotia
 mercatoria restringuntur, ne alias generali
 numero commissariorum seu mandatario-
 rum contineatur. Quae autem officia in
 hoc collocata videntur, ut merces mercan-
 tiles, quae in loco sunt, vel quotidiana
 consuetudine e. g. frumenta, exhibitis ex-
 emplis, aliis offerant, sub definiti sive post-
 haec rati pretii limite vendant et in com-
 pensationem praestiti officii mercedem pe-

cuniarum accipiant, pretii soluti quantitate, ex more vel singulari pacto, definendam. Commissarii in genere a mandatariis non distant, nisi, strictiori perseverantia iudicii, in eorum remuneratione discriminis rationem statuamus. De commissariis enim, publico officio fungentibus, non loquimur. Sed, in specie, ad mercaturam relati, negotiis ad hanc spectantibus tantum occupati videntur, ut ipsi mercatores exterorum mercis vel vendendae vel emendae curam, compensando studio, expediant. Deinde non ad eadem officia cuilibet praestanda, e quaestus consuetudine, prompti, specialis conventionis lege tantum aliorum cura occupantur. Ex his aequae elucet et abunde, quae inter eos et proxenetas intersint. De utriusque auxilio in negotiis cambialibus hic loqui, inopportunum est. Redeamus parvulo sermone ad proxenetam. Cum ad praecipua proxenetarum negotia spectat, mercis venditionem, ad quantitatem sublimiorem, pro proxenetico vel vel usitato vel convento, ab utraque parte

juste accipiendo, quamdiu venditio perfecta sit, praepare, ideo aestimatorii contractus jure, ex suo negotio solito, unquam judicari nequit, quamobrem et ipsa merx vendenda ei nunquam, sed ejus specimen tantum traditur *). Mei non est, ut de themate mere accessoriae qualitatis, puta, alieno hic, amplius disquiram. Plura forsan infra.

*) Plura cupientes rejicio ad: H. T. Schorch, d. de proxenetis. Erfordiae 1766; *Langenbeck* Anmerkungen über das Hamb. Schiff- und Seerecht; edit. 2da 1740. p. 423. seqq. *Rogue* jurisp. consulaire T. 2. p. 296. *Luersen* d. de proxenetis publicis ex jure germ. praesertim Hamb. spectatis. Goett. 1795. *Büsch* Darstellungen Th. 1. p. 114. Zusaetze B. 3. p. 140. *Püttmann* Miscell. C. 29.

§. 15.

III. Tertii casus, cum neuter rogaverit, satis ardua videtur explicatio. Ulpianus dicit: tunc periculum est nostrum et Haloander emendavit: neutrum. Ad verborum sonum respicientes, frustra

laboramus, ut sensus rationalis inveniatur. Quenam verborum potestas est: periculum est nostrum? Nulla videtur; dividendum periculum enim suspicari non licet. Tum, quid neutrum? Ubinam tertius qui periculum sentiat? Verum non dubito, Ulpiani defendendi rationem non deficere, et hinc aequè statuendi, Haloandrinam emendationem superfluum quidem, sed non esse inaptam, etsi verborum sensus aliquanto latere non desinat. Ad sermonis Ulpiani ordinem, dans ipse casuum varietatem demonstrat: si ego te venditor rogavi; si tu me; si neuter. Deinde, ut periculum, sub tertio nexus moderamine, suscipiendum, explicet, verbo: nostrum utitur pro meum; quod e loquendi more nequaquam inauditum. Non opus est, ut de re inter omnes nota a scriptorum classicorum auctoritate auxilia petam. Est idem, profecto, quod Haloander voluit. Immo, neutrius est periculum e contractus aestimatorii nexu; ideoque rem e principiis communibus

explicare oportet, quae jubent, ut dominus rei suae periculum sentiat. Sic ad interpretandum optima ratione adstringor, aliam et meliorem non despecturus.

Denique ex his, quae hucusque exposui, dubitare fortassis non licet amplius, quid Ulpianus, l. 1. §. 1. D. de aestimatoria, hisce verbis voluerit: aestimatio periculum facit ejus, qui suscepit; et spero, fore, ut, qui paululum accuratius haec mente secum agitaverint, de nonsensu legis non sint suspicaturi. Quo singulari modo de iisdem verbis interpretati sunt glossatores Azo et Acursius, cl. Schilter narravit Exercit, 32. §. 7.

§. 16.

Ex antecedentibus, tanquam e prono alveo, responsio profluit ad quaestionem: an liceat danti, rem ab accipiente repetere eoque modo contractum ipsum destruere, ita ut nihil conventum videatur? Respon-

dendi prima ratio est, distinguere inter repetitionem ante rei venditionem et post eam instituendam. Ista est, de qua in praesenti. Non dubitamus porro, sub certo caussarum moderamine, periculum rei traditae in accipientem transire, satisque feci, ut exponam, hoc alio modo non expediturum, nisi intercedente venditione, quam ad casus recitados et abunde explicatos, etsi conditionatam, suspicamur. Quod alii obijciunt *), venditionem in aestimatorio, auctoritate l. i. pr. D. de aestimatoria, non esse subintelligendam, e falsa legis interpretatione nascitur, ambiguam contractus naturam tantum enucleantis. Lex potius pro mea sententia pugnat, in aestimatorio modo venditionem, modo mandatum, modo locationem contineri, satis aperte statuens. Conditio autem interjecta haec est, qua adstringitur accipiens, ut, nisi poeniteat, pretium aestimatum solvat, e re vendenda sumendum. Verum, rei dominium, etsi in accipientem et emtorem palliatum, ante inpletam conditionem, non

transeat, nisi fide de pretio solvendo habita, l. 11. §. 2. D. de actionibus empti-venditi (L. XIX. T. 1.), attamen dans seu venditor palliatus nihil agere debet, quo efficiatur, ne conditio adimpleri possit, l. 85. §. 7. D. de verborum obligationibus (L. XLV. T. 1.). Hinc sequitur, danti omnium minime permissum esse, rem repossere, praesertim ad negotium hunc in finem contractum, ut altera pars re vendita commodi aliquid sibi comparet. Deinde risum movet, puta, ex stomacho, rei repetendae potestatem alicui concedere, scilicet ab altero, qui, pretium conventum quovis momento temporis, rei loco, solvendi, jure indubio gaudet. Tum rem satis decisam censeo l. 5. C. de obligationibus et actionibus (L. IV. T. 10.). Aliunde quaeritur: an res ante traditionem retineri et ab ipsa conventionione recedi queat? Jure romano posse, non dubito. Contractus enim est innominatus, qui non nisi adimplemento unius paciscentium firmatur. Quid jure hodierno deinde.

*) *Walch* Introd. in controuv. jur. civil., de contractibus vere innem, §. 2. *Stuhlmann* cit. diss. §. 9. *Hofacker* l. c. et alii. Mihi adsentientes, *Stuhlmanni* ope, diligenter l. c. allegati, aliis aliisque argumentis utuntur,

§. 17.

Quae cum ita sint, affirmare contra non licet, apud accipientem esse, ut, pro suo arbitrio, dantem, quousque velit, sub ancipite conditione versari sinat; potius confiteri non haesito, paciscentes sublimiori consilio agere, si qui, ineundo negotio, de termino conveniant, quo accipiens vel ad solvendum pretium aestimatione definitum, vel ad rem retradendam adstringatur. Sed oblita hac utili cautela, tamen vitii reparandi non deficit remedium. Potest enim petendo adire judicem, qui terminum definiat, ad quem usque officii sit accipienti, pretium aestimatum vel solvere, vel ipsam rem incolumem reddere; quod, ad legis commissoriae adjectae analogiam, omnes, puto, statuerunt; *Struv Exercit.* 23. §. 28.

Hanc rem solertius in mente agitantes, gravem conspicimus similitudinem inter aestimatorium et pactum commissorium venditioni adjectum. Inter utrumque enim convenit, quod l. 1. D. de lege commissoria (L. XVIII. T. 3.) proponitur: si res lege commissoria venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emptio, quam sub conditione contrahi videatur. Verum non deficit discrimen haud minus sublime. Conditio legis commissoriae: si ad diem pecunia soluta non sit, ut res inempta sit, — secundum l. 2. D. de lege commissoria, in favorem venditoris concepta videtur, qua causa ab arbitrio suo pendet, utrum rem velit inemptam esse, an emptori fidem prorsus habere. Contra in aestimatorio, nempe, qui venditionem palliatam continet, in favorem accipientis adeo cavetur, ut optare potius liceat, vel soluto pretio rem sibi habere, vel venditori reddere.

§. 18.

Ad longe aliam sententiam movemur ex contractu aestimatorio venditionem palliatam non continente, potius ad mandati genus inclinante. Cujus enim moderaminis conditio est, ne mandantis jurium, scilicet in re conceptorum, in mandatarium aliquid transeat, qui, quod agitet, mandantis nomine agat. Non dubitamus ideo, quin ex contractu ejusdem indolis res venundata, quovis tempore lubeat, ab accipiente repeti possit, restitutis tamen expensis et impensis rei caussa erogatis. Praeterhaec, e mandato irregulari, mandans accipientis sive mandatarii curam et operam de re vendenda perditam, parata pecunia compensare debet, secundum usus vel judicialis decreti moderationem. Accipiens, qui mandatarii vices expedit, rem pro solvendo pretio retinere nequit, cujus aestimatio non venditionis, sed taxationis caussa, contigit, in finem nempe, ut mandatarius de minimo venundatae rei pretio instructus sit. Reli-

qua omnino ad principia generalia relego,
quibus mandata reguntur.

§. 19.

Transeo ad alteram quaestionis partem: quid de re, licite vel illicite vendita, a tertio possessore vindicanda, statuendum sit? Ut juste respondeatur, itidem, ni fallor, distinguendum est, inter singularum inclinationum moderamina, quae in aestimatorio obveniunt. Quousque enim de mandato interveniente certiores sumus, de re a tertio possessore repetenda disputari nequit, etsi mandatarius aestimatum rei pretium non solverit; quod sua natura e mandato proficiscitur. Qui de re anxius quaerunt, mandatum irregulare, in compensato officio conceptum, contra praxis hodiernae religionem, negantes, inquirant romane: an aliud aliquid in operarum locatione inveniant. Sed, quoties de contraria aestimatorii conceptione argumentamur, qui rem alteri venditum dedit vel in ipsius commodum, hanc

a tertio possessore, tum a subvenditore, tum a pignoratitio creditore omnino vindicare potest, si accipiens pretium aestimatum non solverit. Venditio palliata quidem intercessit, sed perfecta solvitur pretio non soluto, l. 1. 2. D. de lege commissoria; dominium, non soluto pretio, minime in accipientem transit, ergo, qui dominium non habuit, idem in alterum transferre nequit. Hinc, orto in bona accipientis creditorum concursu, qui mandavit, creditoris concurrentis jure, pretium aestimatum quaerit; qui vendidit, vindicat. Nugarum est, eorum sententiam confligere, qui, ut disputent, adversantur, et vindicationem admittendam negant, quia legibus romanis tantum de actione praescriptis verbis ex aestimatorio instituenda dicatur, de non denegata vindicatione nunquam.

Hucusque, puto, me nec unicum perdidisse verbum, quo alii, qui ante me scriperunt, repetuntur. Propria via profecturus, opto, ut docti flores recentes, meo studio sparsos, benevole colligant. Sed finem priusquam faciam, indulgeant quaeso, me paululum adhuc inquirere, ne sint alia aliaque, quae ita comparata videantur, ut usus modernus, sive praxis hodierna deficere debeat. Parum invenio, qui dubitem; forsan aliquid solertius ponderanti. Primum, ut ad veteres revertam aliquantulum, hodie nostrum non interest, disputare amplius contra cl. Floercke l. c. utrum praescriptis verbis actio stricti juris sit, an bonae fidei. Bona fide, excepto cambio, omnia negotia inter nos proponuntur. *) Deinde curarum de praescriptis verbis, sicut ipsarum formularum, quarum molestia Romani cruciabantur, bono temporis genio expertes videmur; et ipsi Romani dudum meliora haec praeparavere. Vane quidem disputaverunt contra virum

eruditum atque praeclarum, sc. Gerhardum Noodt, hocce discrimen antiquae memoriae jam Impp. Diocletiani et Maximiani auctoritate, l. 2. C. de pedaneis iudicibus (L. III. T. 3.) sublatum esse; attamen hoc sub Impp. Theodosio et Valentiniano l. 2. C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis (L. II. T. 58.) contigisse, constat. De qua re enim cl. Gerard Noodt, Lib. I. de iurisdictione et imperio, Cap. 15. eleganti sermone explicavit. Notatu magis dignum videtur, optima ratione inter nos contractus, qui nominati audiverunt vel innominati, ad unam eandemque caussarum figuram esse redactos; quod inter fata juris germanici notissima numeratur. Ideo aestimatorius contractus, nisi mandati imaginem prae se ferat, consensu incipit, non rei traditione. Sequitur, quoties aestimatorius palliatam venditionem amplectitur, promissarium actione compellere posse promittentem, ut rem venundandam, adimplendi contractus caussa, tradat. Alio sub moderamine certe

opposito satisque ante illustrato, simili modo judicari nequit, cum mandanti licet sua sponte a mandato recedere, quamobrem compelli nequit, ut rem, de qua mandatum est conceptum, tradat.

*) Conf. cl. Gundlingii diss. ante citata.

§. 21.

Denique non oportet, ut, Simoni van Leeuwen et Simoni a Groenewegen van der Made, celeberrimis Belgiae jurisconsultis, pugnam faciam, qui, primus, in Censura forensi, Lib. 4. C. 13. §. 6., alter in Tractatu de legibus abrogatis et inusitatis, ad T. D. de aestimatoria, negotium, in contractu aestimatorio conceptum, ab usu hodierno repellunt; abunde, multorum studio, propter hanc rem castigatis. Audeo potius, defendere cl. Groenewegen, qui magis de actione praescriptis verbis loquitur, quam de ipso negotio. Hoc enim eo patet, quod cupidiore ad commentarios suos in Inst. tit. de

actionibus, rejicit, ubi nullus exponit, quod ad aestimatorium nostrae memoriae vertit, sed solum de actionum formulis hodie inusitatis loquitur. Verum non intelligo et omnes non intelligunt, qua ratione S. van Leeuwen commotus sit, ipsi contractui usum hodiernum denegare. Toto die, non in magnis urbibus, ut Stuhlmann diss. c. §. 1. sentit, immo, in ipsis oppidis occurrit, prae aliis omnino in locis, qui sublimiorem mercaturam exercent, praesertim, cum mandati speciem prae se ferat. Hic ubique ac quolibet tempore mercatores extranei commissarios constituunt, ut merces subvectas, ad minimum pro aestimato pretio, sed deducto honorario usitato, vendant. Interea negari nequit, hujus generis negotiis, quae Stuhlmann l. c. cogitat, potius mandati puri naturam inesse, cujus religione commissarii adstringuntur, ut maximum studium, merces pro summo pretio vendendi, consumant et, quod citra definitum pretium acceperunt, non sibi arrogent, sed committenti remittant, quibus tamen vel

nusquam prohibetur, praeter usitatum honorarium, expensas negotio ortas detrahere, cum, his nondum retractis, verum mercis pretium non definitur. Tum non parum abeunti studio rem contemplari opus est, si contractus aestimatorius, sensu stricto, interveniat, scilicet, si commissario merces aestimato pretio offeruntur, ut hac lege vendat, honorario neque stipulato, neque ad usum loci singularem vel communem, promisso. Negotium hisce limitibus conceptum, commissario optionem tribuit, de commodo suo sollicitum esse vel mercibus sibi arrogandis, vel meliori pretio vendendis. Sub hoc autem moderamine commissario non permissum est, neque honorarii aliquid petere, neque expensas, receptione, custodia et venditione ortas, committentis rationibus inferre. De expensis, transvectione mercium ortis, respiciatur oportet ad id, quod intra contrahentes conventum est. In dubio enim committenti transvectionis expensae oneris sunt, et pretium aestimatum praesumitur de re, in loco, qua vendenda

est, praesenti. Verum, quovis modamine interveniente, commissarius periculo rei non oneratur, quamdiu suam esse non declaraverit; quia committens, ut romano idiotismo utar, is est, qui rogavit. Porro, non cavet de pecunia ab emtore solvenda, ut in genere obtinet, nisi hoc periculum susceperit aut culpa se accuset, aut de integro contractu aestimatorio non dubitetur *). Tum monere liceat, intercedentem contractum aestimatorium praesumi nunquam, sc. ad negotii moderamen, de quo in praesenti interpretamur. Ideo apertis verbis ad agendum obligatur commissarius, ne damnum eorum sentiat, qui clarius loqui debuissent, damnum scilicet adversae interpretationis. Praesumitur potius, omne ita esse praemeditatum, ut non nisi ex more et usu mercatorum consueto agatur, cujus vi contractum commissionis simpliciter initum supponimus.

*) Conf. *Büsch* II. cc. p. 207 et 280 et quodammodo *Herm. Breuls* d. de contractu commissionis ad merces emendas, Goett. 1810.

§. 22.

Denique non opus est, inquirere, quæ, variarum civitatum arbitrio, ad contractuum firmandorum formam singulari jure statuta sint. Tironum enim est, scire, quid de hac re, quo loco vitam degunt, obtineat. Formam nempe, dierum nostrarum lege, omnes fere lubentius faciliusque ediscunt, quam negotiorum naturam et mentem. Quod reliquum, contractus aestimatorii exempla, è consuetudine nostri temporis desumta, quærentes, ad Leyserum, Brueckmannum, Boehmerum et Puettmannum ll. cc, rejicio,

T H E S E S.

I.

Creditor hypothecarius, cui omnia debitoris bona prius, quam alii nonnulla specialiter obligata, in concursu etiam in iis, caeteris conditionibus paribus, praeferrī debet.

II.

De usu Scti. Vellejani et Authenticae, si qua mulier, apud nos, non est dubitandum.

III.

Uxor, cui, Jure Romano et Statutis Esthonicis, propter dotem pignus legale privilegiatum in bonis mariti competit, in concursu creditoribus hypothecariis simplicibus vel non aequè privilegiatis, etsi protocollo publico inscriptis, praeferrī debet.

IV.

Negotiorum gestor culpam levem praestare tenetur.

V.

Usus interdum praecellit usumfructum.

VI.

Creditori antichretico, cui pacto concessum, elapso termino obpignorationis bona obligata usque ad reluitionem retinere et iis usufrui, jus hoc retentionis alii cedere licet, absque elusione legis, quae tempus obpignorationis ad decem annos restringit.

VII.

Institutio heredis in uno nummo saepius plus valet quam legatum mille Rubelorum.

VIII.

Distinctio communis furti in parvum et magnum, ex argumento legis recentioris, apud nos sublata videtur.

IX.

Fidejussor, qui beneficio ordinis renuntiavit, vulgo „Selbstschuldner“ nominatus, ab obligatione contracta liberatur, si, eo inscio, creditor debitori principali vel expresse vel tacite terminum solutionis, pacto conventum, differt.
