



17

28

29

30

31

32

3

3



8007.

1779, 46.
15

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
CVLPA AB HEREDIBVS
TVTORM CVRATORVMVE
TAMEX FACTO TVTORIS, QVAM
EX FACTO PROPRIO CONVENTIS,
PRAESTANDA.

QVAM

ILLVSTRIS ICTORM ORDINIS AVCTORITATE
P R A E S I D E

D. FRID. GOTTLIEB ZOLLERO

COD. P. P. O. ECCLES. CATHEDR. MERSEB. CAPITVL. CVRIAE
IN PROVINCIA SVPREM. ASSESSORE NEC NON FACVLT. IVRID.
SENIORE ET ACADEM. DECEMV.

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE
CAPESSENDIS HONORIBVS

A. D. IX. SEPTEMBR. MDCCLXXIX.

H. L. Q. C.

DEFENDET

A V C T O R

ANDREAS GOTTLIEB HARTMANN

BVDISSAS.

LIPSIAE

EX OFFICINA LOEPERIA

DISERTATIO IURINICA

CVRVA AB HERRKOBRE

IN RE IURIS

VIRI

ET ALII

CONSILII

MAVRITIO WOLFGANG

VEITCI

DOMINO IN NIDERTORSTEDT

CANCELLARII FORSTI STORITIS CONSILII

AD CONSISTORIAL

ALIIQUE GOTTLIEB HANSEN



V I R O

EXCELLENTISSIMO AC CONSVLTISSIMO

MAVRITIO WOLFGANG
V L R I C I

DOMINO IN NIEDERTOPPSTEDT

CANCELLAR FORSTA PFOERTENS CONSILIARIO
AC CONSISTORIAL



VIRI

EXCELLENTISSIMO AC CONSULTISSIMO

MAVRITIO WOLFGANG

VIRICI

DE CAUSA EIVSUSVE PRAESTATIONE

IN GENERA

CANCELLAR FORTIS PROPERTYS CONSULTANTO

AC CANCELLAR

Faint, mirrored text bleed-through from the reverse side of the page, appearing as a block of illegible characters.





CAP. I.
DE CVLPA, EIVSQVE PRAESTATIONE
IN GENERE.

§. I.



Nullum obtineri posse finem, nisi media ad
istum ducentia adhibeantur, ex ipsa rerum
natura perspicuum est. *Diligentis* nomen
tribui solet illi, qui adhibet ista media, qui-
bus propositum adsequi possit finem, quum
negligentis contra nomen fortiatu-
ris, qui de illis adhibendis
adeo sollicitus haud sit. Est igitur *negligentia* defectus de-
bitae diligentiae, cui leges nostrae *culpa*e dederunt nomen.

A 2

§. II.

IV

§. II.

Plura ad vnum eundemque finem obtinendum dari possunt media. Possunt igitur certi diligentiae pariter, ac negligentiae cogitari gradus. Quo plura enim quis adhibet media, scopo suo conuenientia, eo diligentior vocari meretur, et quo parcius in eorum usu reperitur, eo negligentioris incurrit notam.

§. III.

Multi igitur, tantum non infiniti dantur diligentiae ac negligentiae gradus, quos tamen ad trium modo, vt in dirimendis litibus circa hanc materiam oriundis, certa quaedam norma sit, leges restrinxerunt numerum, *diligentiamque in maximam, mediam, ac infimam; culpamque in latam, leuem, et leuissimam* diuidere placuit.

§. IV.

Plurimi dantur fines, ad quos obtinendos iuris factorumue obligamur vi, in quibus adsequendis, qui negligentior inueniatur, culpamque committat, non est dubitandum, quin ad praestandam eam teneatur, in quantum scilicet obligationi suae conuenienter haud egerit, quod vel ex ipsis legis naturalis principiis patet, quippe quae neminem qualicumque modo laedendum permittunt.

§. V.

Plures autem, quum in vno eodemque negotio diligentiae culpaque existant gradus, nec eadem negotiorum humanorum sit natura, ita scilicet, vt ad aequalem in omnibus indistincte adhibendam diligentiam obligati simus, ideoque nec ad omnem cuiuscunque generis, culpam alteri

V

teri praestandam teneamur: necesse fuit legislatoribus, accuratius paulo inquirere in indolem atque naturam cuiuslibet negotii, et quaenam in quolibet adhibenda diligentiae species? quae culpa praestanda? certis completi regulis.

§. VI.

Quibus praemissis per se patere crediderim, culpa praestationem sine obligatione aliqua ad aliquid faciendum vel omittendum nullam esse. Nemini enim, nisi laeso rescarcire damna ex laesione nostra oriunda, iubemus; laesus autem dici non poterit, cui ad nihil nec committendum nec omittendum obligati fuimus. Pro huius igitur obligationis gradu et culpa gradus, eiusque praestatio diiudicanda erunt.

§. VII.

Obligationum aliae ex lege, aliae ex contractibus effici solent. Vtrique obligationum generi conuenienter viuendum, ni culpa incurrere velimus notam. Mitto tamen primam earum, ex legibus videlicet proficientium, speciem, et qualis in illis adhibenda sit diligentia? qualis rescarcenda culpa? hoc loco disponere non est in animo. Delicti enim nomine tenetur, qui contra obligationem agit, quam leges naturales sint, siue ciuiles, ipsi imposuerunt, eaque magis ad ius criminale spectat commentatio. Non tamen silentio omittenda est quaestio, vtrum in delictis culparum gradus habeant locum. Non deficiunt, quibus sententia negatiua placet, eamque opinionem fouent, quod in delictis quaelibet culpa sit attendenda, quapropter Ludouicus in doctrina Pandectarum Titl. IX. §. 2. in Lege Aquilia, leuissimam culpam praestari debere adserit. Sed minus recte id dictum esse asser-

marem. Distinguendum etenim est, an ad interesse ciuile, an ad poenam infligendam agatur. In priori casu quatenus interesse priuatum petimus, nulli culparum gradus in considerationem veniunt, potius quaelibet culpa etiam leuissima stringit laedentem, ast si de poena infligenda mouetur quaestio, vtique ad gradum respiciendum, et secundum illum poena dictanda est, cum poena semper proportionata esse debeat delicto, quod legibus naturalibus pariter ac ciuilibus omni ex parte conueniens, et etiam Practicorum auctoritate confirmatur. a)

§. VIII.

Cum contractibus igitur nobis res erit, et quaenam in singulis eorum praestanda sit culpa? generalibus quibusdam, satisque notis commonstrabimus praeceptis. Generalibus, inquam; quia de *Culpa, quae ab heredibus tutorum curatorumue praestanda sit*, disputaturo, non omnem contractuum emetiri licet campum. Praemittenda tamen quaedam de praestatione culpae in genere videntur, quo maior lux materiae adfundatur nostrae. Normae autem loco in ista re haberi solent.

l. 5. §. 2. π. Commod. et

l. 23. π. de R. I.

Quae tamen non omni carent obscuritate, quum ICci variis in hac doctrina terminis vsi sint, eamque ideo satis obstructam effecerint, vti optime a Boehmero in *Comp. Pand. ad tit. Commod. adnotatum est*. Patet tamen ex prima allegatarum legum, praestationem culpae pro modo perceptae utilitatis diiudicandam esse, et distinguamus tamen inter contractus, qui praestationem rei, et illos,

a) Illustr. Hommel *Obf. CXLIV.*

illos, qui praestationem facti inuoluunt. De illis, ex utilitatis perceptione diiudicamus gradum culpae, incommo- dum enim semper proportionatum debet esse commo- do, exinde sequentes, communi fere consensu adoptatae vsuque fori comprobatae sunt regulae.

- I) In quocunque contractu solius dantis, seu eius qui directo sibi et principaliter alterum obligat, promouetur utilitas, in illo accipiens seu is, qui alienam rem suscipit, et alteri obligatur, quum gratis officium aliquod exhibet, dolum saltem et latam culpam praestat, dans vero etiam leuissimam, cuius rei in deposito nobis exhibetur exemplum.
- II) In contractibus, quibus solius accipientis, seu eius, qui directo et principaliter alteri obligatur, versatur utilitas, ut in commo- dato: in illo dantis nulla, nisi ad doli lataeque culpae praestationem, est obligatio, accipienti vero de leuissima quoque respon- dendum.
- III) In contractibus, vtriusque paciscentium utilitatem respicientibus, ab utroque dolus, lata ac leuis culpa praestandae veniunt, ut in emtione vendi- tione, pignore etc. leuissima autem non venit. De his vero regulam hanc certam et indubitam esse putamus: In contractibus, qui praestationem facti inuoluunt, ex natura et qualitate negotii de- pendet gradus culpae.

§. IX.

Negotiorum gestionem, tutelam ac curam etiam ad contractuum vel quasi referri classem ex vulgari et praxi recepta opinione constat, quamuis si secundum analo-
giam

giam iuris rem paulo penitius considerare velimus, alia ferenda est sententia. Quasi contractus enim fabulis Doctorem, qui mentem Iustiniani non rite intellexerunt, adscribendos esse adfirmo. Iustinianus enim dum conscribere curaret in Institutionibus titulum de obligationibus, quae quasi ex contractu oriuntur, de noua specie contractus nunquam cogitauit, nec cogitare voluit, sed tantum obligationibus naturalibus, quibus ius ciuile non adfitebat, cum animaduerneret, contra rationem denegari his negotiis vinculum obligationis, iisdem eandem tribuit obligationem, quam contractus sua habeat natura, et hoc per vocabulum quasi, optime exprimi posse existimauit. Negotiorum igitur gestorem, tutorem et curatorem, qui res absentium et pupillorum suscipiunt, iisque gratis officia sua exhibent, secundum regulam vltimam de dolo ac lata modo culpa teneri, satis in apperto positum est, quum eorum ad solam absentium, pupillorum minorumque vtilitatem spectat administratio. Sed maiorem leges eorum voluerunt esse obligationem, eosque et negotiorum quidem gestorem.

l. 20. C. de negot. gest.

l. 23. π. de Reg. Iur.

tutores autem et curatores

l. 1. π. de tut. et rat. distr.

l. 23. π. de Reg. Iur.

tit. tot. de admin. et peric. tut.

ad leuis quoque culpae reparationem adstrinxerunt. Ex quibus legibus hoc nobis notandum videtur, negotiorum gestoris, tutoris et curatoris eandem propemodum esse indolem, eandemque obligationem, quod vti supra diximus, et ex ipsa horum negotiorum elucescit qualitate et natura, quum tutela et cura nihil sit aliud, quam magis determinata

nata quaedam, legibusque qualificata negotiorum gestio. Atque hinc est, ut contra tutorem non specialis modo tutelae, sed et generalis negotiorum gestorum, quarum tamen utraque leuis complectitur culpa reparationem, detur actio, quod ex

l. 7. C. arbitrium tut. vbi legislator:

quicquid tutoris dolo vel lata culpa, aut leui, seu curaroris, minores amiserint, vel, cum possent, non adquisuerint: hoc in tutelae seu negotiorum gestorum vtile iudicium venire, non est incerti iuris.

In arbitrio igitur actoris est, tutelae, an vero, si circa legitimam tutoris constitutionem aliasque eo spectantes res, dubium moueri posset, negotiorum gestorum uti velit actione; modo posteriori casu tutor administrauerit. Et haec clare admodum in

l. 6. C. de neg. gest.

disposita leguntur. Cuius quidem obseruationis infra se nobis exhibebit usus.

§. X.

Pergamus nunc ad heredes contrahentium. Et hos eandem in regula culpam praestare debere, quam defunctus, cui existunt heredes, si de ea re conuentus fuisset, praestare debuerit, certi iuris est. Heres enim est, qui in locum et omnia iura actiua et passiuia defuncti succedit; qui eius partibus fungitur, qui denique eandem personam sustinet cum defuncto

l. 9. §. 1. π. de edendo

l. 59. 62. et 177. π. de Reg. iur. et

Nov. 48. praef.

B

Idco.

Ideoque quum etiam in omnia succedat onera; sequitur, quod eandem quoque culpae speciem praestare teneatur, ad quam defunctus obligatus fuit, idemque iudicium in eum transferri oporteat, quale defunctus susceperit, quod tamen de actionibus, quae ex contractibus veniunt, modo intelligendum, quia, quae ex delictis oriuntur, in heredes non transeunt. Hoc nec ratione doli in contractibus a defuncto commissi immutatum est.

ex contractibus enim venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti quum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est.

sunt verba legis 49. π. de O. et A. Et hoc idem est, quod l. 2. §. 2. π. de V. O. constitutum est, nempe

conditionem obligationis non debere immutari ex persona heredum.

§. XI.

Satis vulgata sunt, quae haecenus de culpa praestatione disputauimus, nec de ea re dubitatum iri confidimus. Sed sicuti nulla regula sine exceptione, ita etiam a regula §. anteced. euisa, tutorum curatorumque heredes leges expressè exemerunt, eosque

de dolo modo et lata defuncti tutoris culpa, non autem de leui, ad quam tamen ipse tenetur, teneri, in eaque re meliorem eorum, quam ipsius tutoris voluerunt esse sortem. Quam tamen doctrinam, quia non omnis dubitationis expertus, et a populari quondam meo, praeside

praeside Thomasio *b*) acerrime oppugnata sit, curatius paulo pertractandam in sequentibus suscepimus.

CAP. II.

DE CVLPA AB HEREDIBVS TVTORVM
CVRATORVMVE IN SPECIE PRAE-
STANDA.

SECTIO I.

*Quod heredes, ex factio tutoris vel curatoris conuenti,
dolum modo et latam eius culpam praesent; de
leui vero haud teneantur.*

§. XII.

Duplex culpa ab heredibus tutoris praestandae cogitari potest species, eius nimirum, quam defunctus commisit tutor, illiusque, quam ex propria heres administratione contraxit. Conueniri igitur heredes duplici ratione possunt. Conueniuntur enim vel ex factio tutoris, vel ex factio proprio. Si ex factio tutoris, videndum, qualis ab iis culpa resarcienda veniat? Et primo quidem

B 2

in-

b) Diss. inaug. *de culpa ab heredibus tutorum praestanda*, quam praeside Christ. Thomasio, Christ. Gottl. Stempel, Budiff. Halae Magdeburg. 1701. soleanniter proposuit.

indubitati iuris est, hoc casu heredes de dolo pariter ac lata culpa obligatos esse: Generalis quippe in

l. 8. §. 1. π. de fideius. et nom.

traditur regula: quod ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idemque ad tutoris ibi applicatur heredes. Cuius tamen legis verba, quum infra eius mentio fiet, huc adponere integra liceat, quam praeter iam memoratam dispositionem nihil ultra ad rem nostram facere videantur.

Heredes eius, inquit Paulus, qui non iure tutor vel curator datus administrationi se non immiscuit, dolum et culpam praestare non debere. Paulus respondit, tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta tutelaria non inuenisse: nam cum ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. Sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum. Hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.

Heredes autem ob dolum defuncti tutoris teneri expresse

l. 12. π. de Obl. et A.

adstruitur, ubi ICTus

ex tutelae; ait, et negotiorum gestorum, actione ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.

in solidum, inquam, non id modo, quod peruenit, quod et

l. 167. §. 2. π. de Reg. Iur.

clare satis disponitur.

Quae doctrina, quum tam clara legum auctoritate corroborata sit, non est, vt dubiis a Cuiacio circa eam motis immoremur, maxime, quum sufficienter ab Auctore supra laudatae Dissert. refutatus est. Sed quoniam nulla culpae latae in adductis legibus fit mentio, et de ea quoque re in specie dubitari posset, hoc nobis adnotandum videtur, quod in causis ciuilibus lata semper dolo aequiparetur culpa et expresse in

l. 1. Cod. de hered. tut.

quod heredes tutorum ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet.

fancitum sit; et exinde immediate sequitur: ergo ob negligentiam, quae latae culpae comparari potest, condemnandi sunt, alias superuacua foret ista determinatio. De qua tamen lege mox plura. Nec ob dolum modo, latamque tutoris circa gestionem, sed et circa cessationem, commissam culpam heres tenetur

l. 2. Cod. eod.

Quodsi tamen hoc casu tutor non iure datus ab administratione abstinerit, non tenebitur heres, quum omitendis iis, ad quae obligati haud sumus, dolum culpamue commississe dici non possumus.

§. XIII.

Praestant igitur heredes dolum pariter ac latam defuncti tutoris culpam. Quod autem de leui eius culpa non teneantur, quod nos quidem demonstrandum suscepimus, in ista re regulam §. X. positam, videlicet, quod

B 3

heredum

XIV

heredum sit eadem, quae defunctorum obligatio, immutatam videmus. Id igitur negotii nobis datum esse perspiciamus, ut euidentissimis sententiam nostram a communi quippe regula recedentem fulciamus argumentis, et ab iis, quae circa eam moueri solent, dubiis viadicemus.

§. XIV.

Probemus igitur, heredem tutoris de leui ipsius culpa conueniri non posse. Ipsae vero pro nobis loquantur leges, quae ordine suo hic recensetibus. Clara prima circa hanc materiam in iam allegata

l. 1. Cod. de hered. tut.

extat dispositio, ipsaque legis verba, quorum partem iam antea exhibuimus, integra huc transcribere liceat. Sunt autem haec:

Heredes tutorum ob negligentiam, quae non latae culpa comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia praesitum sit.

Cui legi amice admodum adsentitur

l. 4. π. de magistr. conv.

Non similiter tenentur heredes magistratum, ut ipsi tenentur, nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur. nam magistratus quidem in omne periculum succedit; heres ipsius dolo proximae culpa succedaneus est.

Qua ex lege hoc simul notatu dignum videtur, esse vnam eandemque heredum tutoris magistratusque circa culpa, reparationem obligationem, sicuti etiam eadem

dem in magistratibus actio detur, quae competit in tutores

l. fin. π. eod.

Heredes autem magistratus quum non nisi latam praesentent culpam

l. alleg. 4. π. de magist. conv. verbis:

Heres dolo proxima culpa succedaneus est (leui igitur Succedaneus non est) et

l. 2. Cod. eod.

qua expresse

In heredes magistratus, ait Imperator, cuius non lata culpa idonee tantum pupillo non est, non solet actio dari.

idem sine dubio et de heredibus tutoris istis plane similibus statuendum est. Extat etiam expressa quaedam de heredibus tutoris et curatoris in supra alleg.

l. 8. pr. π. de fidei. et nom.

dispositio:

heredes eius, qui non iure tutor vel curator datus, administrationi se non immiscuit, dolum et culpam praestare non debere.

Qua lege secundum regulam logices rite conuersa hoc efficitur:

Ergo heredes eius, qui iure tutor vel curator datus administrationi se immiscuit, dolum et culpam praestare debent.

De culpa leui ne minima quidem mentio, quae tamen specificè exprimenda erat, quum verbis doli et culpa simul coniunctis, saepius tantum dolum et lata culpa indicantur, cuius rei euidentissimum in supra citata

l. 1. pr. π. de tut. et rat. distrah.

exemplum

exemplum habemus, ubi tutor iubetur, *praestare dolum culpam et quantum in suis rebus diligentiam*. Tutorem enim ad culpam leuam obligans, non ad quiescendum putabat in eo, quod dixerit, eum praestare debere dolum et culpam, sed istam quoque culpam expresse determinare necesse habuit, quod et hic, si de leui culpa heres teneretur, factum fuisset. Alia eius rei videantur in alleg. l. 20. Cod. de neg. gest. item l. 7. Cod. arbitr. tut. exempla

Adjiciamus adhuc huic nostrae probationi

l. 39. §. 6. π. de admin. et per. tut.

Tutor datus aduersus ipsam creationem prouocauit: heres eius postea victus, praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur leuis culpa, contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detestare.

Papinianus itaque hic argumentatus est: Quaecumque est non leuis culpa tutoris, de ea tenetur heres. At prouocare aduersus iustam creationem, est non leuis culpa, ergo de ea tenetur heres. Dum autem Papinianus desinite loquitur de non leui culpa, eo ipso ostendit, de leui culpa heredem non teneri. Nec omittenda videtur

l. 17. Cod. de neg. gest.

quae itidem de heredibus, ob facta tutoris conuentis, loquitur, eosque non, nisi supinam praestare iubet negligentiam, de qua lege infra paulo adcuratius. Confirmat quoque hanc sententiam Carpzov. P. II. C. XI. Def. 36.

§. XV.

Nescio an clarius vlla unquam reperiatur legum dispositio. Ob negligentiam, quae non latae culpae i. e. leui

leui comparari possit, heredes tutorum condemnari non oportere, *d. l. 1 Cod. de hered. tut.* expresse adstruitur, et id ipsum erat, quod nobis probandum fuit. Quaedam tamen ad hancce legem obseruanda nobis videntur, et quidem:

I) Agi in ista omni procul dubio de culpa tutoris, minime vero de culpa heredis propria. Et hoc quidem ex adiecta restrictione colligimus, quando dicitur: non teneri heredes ex culpa leui, *nisi lis contra tutorem inchoata est.* Lis autem quae contra tutorem inchoari potest, non potest non esse ex eius ipsius negligentia.

II) Quod heredes de leui tutoris culpa, ab ipsis tamen praestanda tutoribus, haud teneantur, esse singulare quoddam in heredum fauorem introductum, vti iam adnotauimus supra. Esse igitur priuilegium personale, nec ob paritatem rationis ad aliorum, mandatarii veluti, negotiorumque gestoris heredes adplicandum, in quibus legis 2. §. 2. π. de V. O. immutatus manet rigor.

III) Sifti in hac doctrina satis euidens eius, quod Tribonianus

§. 1. Inst. de perp. et temp. Act.

dicit:

Aliquando scilicet ex contractu actio contra heredem non competit, veluti quum testator dolo se versatus sit, et ad heredem eius nihil ex eo dolo peruenit.

exemplum. Casui enim hic expresso nostrum quoque adnumerare, quid vetat? actionem scilicet nec tum contra heredes competere, quando tutor in administranda tutela non lata culpa defecerit. Scio equidem, quae ad hunc

C

textum

textum a Commentatoribus sunt adnotata. Ibi enim non-
nisi de casu depositi miserabilis sermonem, et particulam
soluti ejiciendam esse plurimi contendunt, quam tamen li-
tē nostram facere non est litius loci. Ipsum, quod hic
tractamus, propositum hoc extra dubium ponit, quod in-
terdum actiones in heredes vel plane non dentur, vel si
dentur, non tamen eodem modo, eademque qualitate.

IV) Rationem huius dispositionis eam quidem a qui-
busdam proferri, quod res gravissima sit, ex aliena ratione
reddere rationes, quae tamen, quum ad negotiorum ge-
storis quoque heredes applicari possit, vereor ut sufficiens
sit. Equidem nullam aliam eius rei rationem proferri pos-
se confiteor, quam generalem, quae in legibus reperitur,
heredum fauorem, et quod alia saepe sit defunctorum, alia
heredum obligatio. Nonne eius rei omnes ex delicto ori-
undae, poenam corporis adstrictivam haud inuolventes,
sed multa pecuniaria luendae actiones nobis exemplo
sunt? In specie populares istae, quae si vivo delinquente
ad 50. v. c. solidos dabantur, contra heredes plane lo-
cum non habebant, quantascunque ille a defuncto here-
ditate acceperat diuitias? Et tutoris heredes in specie hoc
fauore gaudere, ex

l. alleg. ult. §. i. π. de fidej. et nom.

liquet, ubi quoad doli quoque tutoris praestationem eius
heredibus quodammodo prospectum, et dictum est:

Constitutionibus subuentum esse ignorantiae heredum.
Aequum igitur ICtis visum est, praestationem culpae ra-
tione heredum ad regulam ultimam §. VIII. reuocare, se-
cundum quam nec ipse tutor ultra latam culpam obligan-
dus erat. Nec obstat, quod iste tamen fauor in nego-
tiorum gestoribus haud reperitur. Negotiorum enim

enim gestores sponte negotia aliena subeunt; tutores, necessitate legali eo obligantur; ergo et horum heredum maior, quam illorum fauor. Quamquam, si dicendum, quod res est, forsitan non tam ex conditione obligationis quam ex potestate legis veram huius dispositionis rationem repetendam esse crediderim. Sufficit nobis, claram de ea re esse legislatorum voluntatem, nec analogiae iuris id repugnare, immo potius amice consentire, quam neminem fugiat, quod

l. 4. pr. Cod. de in lit. iur.

dictum est:

Alio iure esse tutorem, alio heredem eius.
neque tandem ad famosam legem non omnium π . de LL. si quae hactenus disseruimus, haud sufficere videantur, provocare erubescamus.

V) Tribus tamen, qui in eadem lege nostra continentur, casibus heredes tutorum ex eorum facto condemnari oportere: primo, si lis contra defunctum contestata fuerit, quod indubitati quidem iuris est, quum lris contestatione poenales quoque actiones ab vtraque parte ad heredes transmittantur

l. ult. π . de fidej. et nom.

secundo, si ex damno pupilli lucrum captatum, et tertio, si gratia aliquid praestitum fuerit, quas quidem posteriores exceptiones ad dolum latamque culpam omnes fere Icti pertinere aiunt. Sed quonam modo isti duo casus ad ea quae ante lex statuerit, quod scilicet heredes de leui tutoris culpa haud teneantur, referri poterunt, quum non sint leuis culpa, sed doli lataeque negligentiae exempla? Placuit mihi valde, quod acutissimus Ictus Ant. Faber hinc monuit, non tam exceptionem, quam interpretationem

regulae iis verbis contineri. Regulam esse: Ex leui culpa tutoris defuncti heredem non teneri; interpretationem vero illam: non aliter igitur teneri, quam si contra tutorem lis inchoata sit, aut si ex damno pupilli lucrum captum, vel etiam gratia praestitum sit, quibus duobus casibus, quum in dolo tutor sit, vel saltem eius culpae confcius, quae dolo non male comparetur, iuris rationem facere, vt ex ipsius persona in solidum heres conueniatur. Hisque praestructis, quod inconcinne admodum istae declarationes huic legi adiunctae fuerint, dici haud poterit. Legislator enim, quum disposuisset, quibus casibus heredes ex facto tutoris haud tenerentur, eos quoque ea occasione recensuit, quibus ex eius persona heredes conueniri possent, si scilicet dolus vel lata culpa eius intercesserit. Autor quidem supra laudatae dissertationis istos quoque duos casus ad leuem culpam referre tentavit; ast quum interpretatoribus sedulo cauendum sit, ne vlla verbis adferatur vis: equidem ea in re eius interpretationi subscribere vix possum, quia ex damno pupilli lucrum captare, vel cum damno alterius gratiam alicui praestare, certe leuis culpa existimari nequit.

§. XVI.

Et haec de primo, quem §. XII. proposui, casu, in quantum scilicet heredes ex facto defuncti tutoris teneantur, dixisse sufficiat. Et de leui quidem, eos non obligatos esse culpa, me satis euicisse putauerim. Quae contra hanc doctrinam proferri possunt dubia, eorum promissam a me resolutionem peculiari huius libelli Sectione dabo. Pergamus interea ad secundum casum, si scilicet ex facto proprio heredes conueniantur,

tur,

tur, et quid in ea re iuris sit, quantum in nobis erit, dicamus.

SECTIO II.

Quod heredes tutorum, ex facto proprio conuenti, in negotiis pupillaribus sponte ab ipsis administratis, de leui quoque teneantur culpa; in negotiis vero, quae necessitate legali coacti gerunt, latam modo negligentiam refarciant.

§. XVII.

In quantum heredes tutoris ex facto proprio teneantur, disputaturo, illud omnino praemonendum videtur, officium administrationis regulariter quidem non transire ad heredes

l. 17. Cod. de neg. gest.

sed permitti tamen legibus nostris post mortem tutoris eius heredibus, administrationem sponte suscipere, pupillique negotia gerere, negotiorumque gestoris vel protutoris fungi munere, vid.

l. 4. π. de fidej. et nom.

Et certi quoque casus existunt, in quibus legalis administrationis illis incumbit necessitas, cuius rei dispositionem habemus in

l. 1. π. de fidej. et nom.

vbilicus:

quaruis heres, inquit, tutoris tutor non est, tamen 1) ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitime aetatis et masculus sit, explicari debent et quidem tam iudicialia quam extrajudicialia, et ratione priorum l. 27. π. de appell. et l. ult. π. si pend. appell. mors intervenerit. nobis huius rei exemplum exhibet, ubi disponitur, quod si tutor in negotio pupilli provocaverit, heres appellationis causam persequi debeat in quibus dolus eius admitti potest, 2) quod penes tutorem fuit, heres quoque eius reddere debet: quod apud pupillum is reliquerit, si heres capiti, non quidem crimine caret, sed extra tutelam est, et uti si actione hoc reddere compellitur.

Addamus his negotiis, quae heredibus tutoris necessario expedienda sunt, et illud, quod 3) interpellare debeat, ut loco defuncti alius curator constituatur l. 7. §. 13. π. de adm. et per tut. et generaliter 4) ista omnia negotia huc referenda existimamus, ubi periculum in mora vel ex quorum omissione insigne pupillo damnum oriri posset. Et huius praemonitis satis perspicuum est, fieri omnino posse, ut ex proprio facto heres pupillo obligari possit, simulque inde efficitur, duplicem cogitari posse heredis circa tutelam curamque administrationem, necessariam nimirum legitimamque iuberibus susceptam, et voluntariam, quam sponte negotiis pupillaribus se immiscuerit. Et hac distinctione praemissa ad ipsam institutae quaestionis discussionem progrediamur.

§. XVIII.

Diudicatu haud adeo facilis est ista materia, communisque circa eam opinio in commentariis deprehenditur, quod

quod heredes, nec ob administrationem propriam, ultra dolum et latam culpam conueniri possint, sicuti et leges eo pertinentes non omni carere obscuritate videntur. Autor diff. supra laud.

heredes tanquam heredes, ex facto tutoris conuenitos, eandem quam tutor, i. e. leuem praestare culpam debere; quodsi vero ex facto proprio conueniantur, non nisi de dolo et lata culpa teneri

statuit. Sicuti vero primum huius propositionis membrum, quod heredes de leui tutorum culpa teneantur, ob claram legum aliud iubentium dispositionem concedi non potest, et quod non bene se habeat ista opinio, in antecedentibus satis euictum esse videtur: ita etiam alterum istius theses membrum indistincte verum non esse, ipse in sequentibus vidit autor supra laud. nobisque viam aperuit, vt accuratius paulo in istam materiam inquirere possimus.

§. XIX.

Ea autem ea in re legum reperitur determinatio, quod

heres tutoris in negotiis, quorum gerendorum a legibus ei iniuncta est necessitas (quod necessariam supra administrationem nominauimus) itidem non nisi dolum et supinam negligentiam praestare debeat; in aliis autem negotiis, quibus sponte se immiscuerit (siue in administratione, quam diximus voluntariam) de leui etiam teneatur culpa.

§. XX.

Conuincamus nos primo de veritate posterioris huius thematis, quod videlicet heredes ex propria et voluntaria quidem rerum pupillarum administratione conuerti, etiam de leui teneantur culpa, cuius quidem adfertionis rationem triplex, quae eo nomine contra heredes datur, actio, negotiorum nimirum gestorum, pro tutelae et tutelae, mihi suppeditat, in quibus singulis leuem quoque venire culpam non est ambigendum. Et primo quidem negotiorum gestorum contra heredem eo nomine datur actio, sicuti et in ipsum tutorem dari, supra §. IX. adserui, legumque corroboravi auctoritate. Hancce vero actionem et contra tutoris heredes ob facta videlicet tutoris dari ex ibidem citata

l. 6. Cod. de neg. gest.

patet. Dari autem istam contra heredes, ex facto proprio pupillo obligatos, exinde verum est, quod heres, si sponte administrationem tutelarem susceperit, vere quidem, et multo rectius, quam ipse tutor, pro negotiorum gestore haberi debeat, quum sponte et nulla cogente necessitate immiscuerit se negotiis alienis, quae negotiorum gestoris definitio

l. 3. §. 10. π. h. t.

nobis datur, quum contra tutor ad ea suscipienda magistratus obligari solet auctoritate. Et tamen contra hunc neg. gest. competit actio, ideoque multo magis contra eius heredem, qui citra omnem necessitatem tutelarem administrationem subiit, ea competat, necesse est. Et hoc quidem indubitati iuris est, sicuti et hoc, quod ista actio non dolum modo, ac latam, verum etiam leuem vindicet culpam, secundum

l. 20. Cod. de neg. gest. verbis

super his quidem, quae nec tutor, nec curator constitutus, uliro quis administravit, cum non tantum dolum, et latam culpam, sed et leuem praestare necesse habeat: a te etc. etc.

Quae quidem determinatio accurate admodum ad eiusmodi heredes adcommodari potest; ideoque et eos leuem culpam praestare necesse habere, inde efficitur.

Ast specialis quoque de heredibus tutoris in

l. 17. eod.

legitur dispositio, his verbis:

Curatoris etiam successores negotiorum gestorum vili consentos actione tam dolum, quam latam culpam praestare debere, nec ad eos officium administrationis transferre, ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere convenit.

Verum enimvero nonne totum ista lex theseos nostrae conuertere videtur fundamentum? Curatoris heredem dolum et latam praestare culpam legislator adserit; de leui vero altum silentium. Nondum autem victas manus dare cogimur; haec enim lex ad praesentem casum referri plane nequit, utpote quae de dolo culpaque defuncti tutoris; non autem de culpa heredis propria disponit, quod ita quidem probare possumus. Officium administrationis, ait Imperator, ad heredes non transit, ideoque nec alienandi res pupillares potestatem habent. Denegat igitur omnem prorsus lex heredibus administrationem (exceptis tamen specialibus istis, quos §. XVII. posui, negotiis, quae ante oculos hic habuisse Imperator haud videtur) ideoque nec vero simile est, ea, quae mox antecedunt, verba de ipsa heredis culpa agi, quippe quae sine propria eius administratione nulla est. Agit igitur ea lex de culpa ipsius tuto-

D

ris,

ris, qualis scilicet praestanda sit ab heredibus, si contra eos non tutelae, sed vtilis negot. gest. actio (quod in arbitrio omnino actoris est) instituat; et tali casu, itidem, vt in tutelae iudicio, dolum modo et latam culpam reparandam legislator iubet, et sic ista lex nouum eius, quod §. XIV. diximus, nobis exhibet argumentum, heredesque ex facto tutoris siue tutelae, siue negot. gest. conuentos actione, leuem non praestare debere culpam inde efficitur. De culpa vero ex propria heredis administratione contracta hic nullo modo disponitur. Re enim altius paulo inspecta sequentes huic legi propositiones inesse perspiciamus.

- 1) Heredes tutoris ob eius culpam, non tutelae modo, sed et vtili negot. gest. actione conueniri possunt, quod supra iam demonstraui. *Vtili* lex ait, quia in heredes ex administratione propria ipsa haec directe datur actio.
- 2) Et hoc casu itidem, vt in actione tutelae heres dolum modo, et latam culpam praestet, quae quidem determinatio quam maxime necessaria fuit, ne aduersarentur sibi istae duae, pro lubitu actoris instituendae actiones, eaque nisi expresse determinassent leges, hoc incommodi exinde natum esset, vt omiffa tutelae actione, actores semper vtili negot. gest. iudicio vsi essent contra heredes, eosque ea ratione ad leuis quoque culpae reparationem obligassent, quod tamen legislatores ob heredum fauorem noluerunt.
- 3) Heres regulariter administratione tutelari immiscere se non debet.

Hoc tamen si fecerit, leuem quoque praestabit culpam, et imputet sibi, quod tali ratione directae contra se negot. gest. actioni locum fecerit, quae certe leuis inuoluit culpa

paе praestationem. Et ex hisce deducis hoc ad minimum extra dubium me posuisse persuasus sum:

heredes tutorum ex administratione propria et spontanea, si non tanquam heredes; tamen ut negot. gest. res de leui, circa administrationem commissa, culpa teneri,

§. XXI.

Ast pro tutelae, quam dicunt, actione eiusmodi quocumque heredes conueniri posse diximus. Definitio enim eorum qui pro tutore gerunt, quam

l. 1. §. 1. π. de eo, qui pro tut.

exhibet, sine dubio ad heredes administrationi tutelae sponte se immiscentes pertinent. Omnia igitur, quae in alleg. tit. disposita leguntur et in eos iuris sint, necesse est. Expresse autem Pomponius *l. 4. d. t.*

qui pro tutore, ait, negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam ipse tutor praestaret.

ideoque etiam eandem refarcire culpam tenebitur. Et actio pro tutelae, qua hoc nomine contra eum uti possumus, omni modo actioni tutelae conformis est. Idem certe ex hac obseruatione sequitur, quod in fine §phi antecedentis iam adnotauimus:

heredes tutoris in administratione tutelae sponte perseverantes, si non ut heredes, tamen ut protutores de leui teneri culpa.

§. XXII.

Sed et, ut heredes eos teneri, certum est. Datur enim aduersus eos, ob propriam eamque voluntariam ad-

ministrationem non negotiorum modo, protutelaque, sed et ipsa tutelae actio, eaque nullo modo restricta, ideoque leuem quoque culpam vindicans.

Audiamus de ea re

l. 4. pr. et §. i. π. de fidei. et nom.

dispositionem ita enunciata[m]:

Cum ostendimus, heredem quoque tutelae iudicio posse conueniri, videndum, an etiam proprius eius dolo, vel propria administratio veniat in iudicium? Et extat Serui sententia existimantis, si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseverauerit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam inuenerit et consumserit, vel eam pecuniam quam tutor stipulatus fuerat, exegerit: tutelae iudicio eum teneri suo nomine. Nam cum permittatur aduersus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet eum iudicio tutelae teneri ex dolo proprio. Negligentia plane propria heredi non imputabitur.

Tutelae actionem contra heredem ex dolo proprio dari, generaliter hic Ulpianus adserit, addita ratione, quod et aduersus heredem ex facto proprio in litem iurari possit, eaque re haud obscure indicare videtur, non esse in administranda tutela mitiorem obligationem heredum quam ipsius tutoris, quum iuramentum in litem poenae alicuius speciem inuoluit. Et quum fauori pupillorum illud sine dubio datum esse videatur, ut contra heredes sponte administrationem negotiorum subeuntes, praeter negot. gest. ac protutelae actiones, ipsa etiam tutelae actio concedatur; euidentissime exinde colligimus, hanc ad eadem, imo maiora competere, ideoque heredem de leui culpa teneri. Ast posteriora legis nostrae verba *negligentiam plane propriam heredi non imputari.* omnia certe, quae haecenus disputauimus, destruere videntur.

dentur. De propria enim heredum administratione hic sermonem esse extra omne dubium positum est. Et hoc casu negligentiam plane propriam non imputari, expresse lex adfirmat. Quid nos igitur? Num forsitan contra expressam legum dispositionem thesin nostram defendere pergemus, durioresque nos ita exhibere ipsis legibus? minime quidem. Paulo curatioribus tamen legem nostram contemplerur oculis, et eo vsque suspendamus nostrum ea de re iudicium.

§. XXIII.

Negotia enim, quorum Ictus hic mentionem facit, ea ipsa sunt, de quibus §. XIX. adstruximus, quod ad necessariam heredum administrationem pertineant, ad quae expedienda iuris compelluntur auctoritate. In his enim, si dolose quaedam fiant, vel ex supina quadam negligentia, quin de dolo et culpa lata teneantur, eoque nomine et in litem aduersus eos iurari possit, dubitandum non esse, Vlpianus ait. Leuem autem, quae circa ea intercedere possit culpa, ab eis non praestandam esse idem asserit. Ratio eius rei ab Autore dissertationis supra laud. ea adfertur, quod diligentia, quam negotiorum alienorum gestores adhibere adstricti sunt, ab herede tutoris exigi non possit, quia lege coactas negotia a tutore coepta continuauerit, non obtante, quod ipse tamen tutor etiam lege cogatur, et nihilominus leuem praestet culpam, tutores enim allegare posse excusandi causas, heredes non item, praeterque ea in tutore industriam considerari, quae rationes omnes in herede administrante cessant.

Agi autem in nostra lege de eiusmodi necessario expediendis negotiis ex ipsa eorum contemplatione liquebit.

Heredem tutoris iudicio tutelae teneri suo nomine, ait Ictus,

1) si post mortem tutoris negotia pupilli gerere perseverauerit. Ast necessitatis est ista perseveratio ratione inchoatorum a tutore negotiorum pupillarum *l. 1. alleg. π. de fid. i. et nom.* ne imperfecta ista maneant.

2) Si in arca tutoris pupilli pecuniam inuenerit et consumserit. Pecuniae vero pupillaris curam etiam, et primo quidem loco ad istos casus pertinere, omnino credendum est. Si eam heres sciens consumit, dolose agit. Caeterum nullam nisi latam circa eam culpam commissam praestare tenetur.

3) Si eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit. Qui quidem cum superiori coincidit casus, et etiam necessitatis est, ut heres tutoris pecuniae, quam hic pro pupillo stipulatus est, curam agat, eamque, si dies venit, et ex dilata solutione damnum pupillo enasci possit, soluendam sibi curet. Ne tamen consumat, quod quidem lex innuere videtur.

Et in omnibus hisce negotiis negligentiam propriam heredi, etsi ex actione tutelae, leuem alias inuolente culpam, conuento, non imputari, lex ait, et id ipsum est, quod §. XVII. diximus, nobisque demonstrandum supererat.

§. XXIV.

Restat, ut in epitome quasi omnia, quae hactenus commentati sumus, exhibeamus. Tres autem fuere, de quibus egimus, propositiones :

I.) He-

I.) Heredes tutorum curatorumque, ex facto tutoris defuncti conuenti dolum eius et latam culpam praestant, de leui vero praestanda leges immunes eos esse iusserunt.

II.) Heredes tutorum ob propriam eamque voluntariam plane, negotiorum tutelarium administrationem leuiem quoque reparare culpam, necesse habent.

III.) Heredes tutorum, ob propriam quidem sed legum iussum susceptam administrationem, vel, quod idem est, in casibus *l. 1. π. de fidei. et nom. et l. 4. π. eod.* itidem non nisi dolum ac latam culpam resarcire coguntur.

Ad posteriores duas, quod attinet propositiones nostras, nemo nec Glossatorum, nec qui post eos scripserunt, Ictorum ante Aut. diss. supra laud. differentiam negotiorum ab heredibus tutoris sponte vel necessario expediendorum obseruasse, et quae inde efficitur, distinctionem inter administrationem voluntariam et necessariam detexisse videtur. Ex quo factum esse adparet, quod omnes fere, qui in leges commentati sunt, scriptores de propria heredum administratione disputantes, nullo habito discrimine adseruerint, eos, ne ex propria quidem administratione ultra culpam latam obligatos esse, quae tamen doctrina, quum ratione administrationis voluntariae contra euidentissimam iuris analogiam militat, minime a nobis ita crude concedi potuit, sed adcuratius paulo ea in re procedendum nobis fuit. Ipse quoque commemoratus Aut supra alleg. diss. *de culpa ab hered. tut. praest.* initio et in primis §. 4. eam differentiam ante oculos habuisse non videtur, quam tamen posthaec §. 38. et 39. et in Coroll. 3. et 4. *eid. diss. annexis*, detexit, vbi doctissime quidem, sed admodum succincte ad eam rem commentatus est. Et in hisce duabus nostris positionibus Autori illi omnimode adsentimur, magnasque gratias simul

mul debemus, quod occasionem nobis dederit, ulterius in istam doctrinam inquirendi. Prima autem, quam supra posuimus, thesis, heredes scilicet de leui tutoris culpa non teneri, vulgaris quidem opinionis nititur autoritate, et ab omnibus fere magni nominis Ictis defensa fuit, sed e diametro opinioni isti dissertatio illa, quam initio huius libelli laudauimus, opposita est. Eo enim consilio conferri- pferat Autor ille dissertationem istam, ut oppugnaret communem, cui nos quoque nomen dedimus, opinionem, et quod heredes tutoris ob leuem quoque eiusdem tene- rentur culpam demonstraret. Exponemus igitur, quan- tum huius libelli breuitas permittere velit, eius argumen- ta, ad eaque breuiter respondebimus, cui quidem tracta- tioni sequentem sectionem destinauimus.

SECTIO III.

*Conspectum et resolutionem argumentorum contra the-
sin nostram militantium et in diss. laudata propugna-
torum, exhibens.*

§. XXV.

Acerrime igitur communis Ictorum opinio, quae he-
redes, ex facto tutoris conuentos, a leuis culpa-
praestatione immunes esse dicit in dissert. laud. oppugnata
est. Et nobis quidem, partes in ea doctrina communis
sententiae sectantibus et contra istam modo dictam diss.
disputantibus ista videtur adhibenda differendi ratio, ut
eius bona fide proponamus argumenta, eaque statim bre-
uissimis nostris comitemur adnotationibus.

§. XXVI.

§. XXVI.

Primum vero, quod communi sententiae opponit momentum, inde desumptum est, quod *l. 2. §. 2. π. de V. O.* clare admodum sancitum sit, quod ex persona heredum conditio obligationis non debeat immutari. Cui quidem dispositioni e diametro oppositum sit, quod vulgo statuitur, quod scilicet heredes non eandem culpam quam ipsi praestare debeant tutores. Nullam vero solidam proferri posse eius rei rationem. Ast quum rationalis debeat esse iuris prudentia nostra, non conuenire, leges dubias ita exponere, vt inde oriatur sensus irrationalis.

Eam quidem iam supra dispositionis huius rationem dedimus, quod vniuersalis heredum in legibus nostris fauor sit, et quod ipse tutor non ultra communis diligentiae limites obligari debuerit, ideoque admodum aequum legislatoribus visum fuerit, non vti in heredes eius eodem rigore. Quae quidem ratio, quod si etiam sufficiens haud videatur, illud tamen minime concedimus, dubias esse leges de ea re disponentes, quod ex iis, quae circa eam materiam supra diximus, satis perspicuum esse crediderim. Clara certe sunt legum huc spectantium verba, ideoque nescio, an *ICi* sit, alienam illis affingere sententiam. Nec hoc concedere possum, quod supinae semper ignorantiae indicium sit, rationem alicuius legis exhibere non posse. Quis enim eam semper perscrutari poterit? hoc autem non semper fieri posse, ex legibus omnium fere gentium adparet. Sufficiat nobis clara esse de ea re, nec contra analogiam iuris militentem iuris constitutionem, et concedamus, quod secundum regulam heredes in actionibus ex contractu venientibus eandem

E

dem

dem quidem culpam praestent, quam defuncti contrahentes praestare debuissent; sed dicamus simul, non esse rem adeo absonam atque extraordinariam, nec inter prodigia referendam, si eam regulam ratione heredum tutorum curatorumue leges immutauerint.

§. XXVII.

Ait porro doctissimus Autor errorem istum (vt ille quidem putat) inde esse, quod Glossatores, eosque sequens Ictorum turba putauerit, legem v. c. *de hered. tut.* loqui de heredibus conuentis ex facto tutoris, quod tamen non esset, quum leges Pandectarum id statuendi rationem non suppeditent, et si hoc fieret, torquendae essent, vt cum hac lege conciliarentur, quod repugnet regulis bonae interpretationis.

Ast leges Pandectarum non permittunt modo, verum etiam necessitatem nobis imponunt, explicandi hunc textum de culpa tutoris; non heredis propria. Perlustrentur modo

l. 4. π. de mag. conu.

l. 39. π. de adm. et per. tut.

l. 8. pr. π. de fidei. et nom.

quas §. XIV. allegauimus, et statim ex illis elucescet, tutoris heredes ex leui ipsius culpa non teneri. Absurdum quidem Aut. noster ait esse communem explicationem; sed nescio, an non maiori inconuenientia altera ab eo comprobata labore interpretatio. Supra iam adnotauimus, verba: *Si non contra tutorem lis inchoata est*, et inuitos neglig-

nos cogere, explicare, quae mox antecedunt, enunciata de culpa tutoris. Et hoc omnino verum est. Ridiculum enim foret, statuere, tutorem, dum viuit, de futura futuri sui heredis culpa conuenire posse. Ideoque si lex vna eademque sermonis connexionem dicit: heredes tutorum ob negligentiam leuem condemnari non oportet, nisi lis cum defuncto inchoata est, exinde necessario efficitur, istam negligentiam tutorem, non autem eius heredes concernere debere. Non satisfecit commemoratus Autor grauissimae huic, regulisque sanae interpretationis nitenti Ictorum obseruationi, eamque elidendi nullum excogitauit argumentum. Nam quod dicit, ista verba non limitationem, sed declarationem esse regulae, quod et nos credimus, nihil ad rem facere videtur. Sit enim limitatio, sit declaratio, semper peruersa, orationisque regulis contraria et absone foret dicendi ratio, coniungere in vna eademque propositione duas e diuerso plane fundamento promanantes actiones; et particula *nisi*, limitationem indicet, siue declarationem, semper tamen de eiusdem, eademque personas concernentis, culpa praestatione sermone esse, satis innuit. Anxie quidem Autor ille in periphrasi huius legis quam §. 42. *dict. diff.* exhibuit, laborat, ne obtinet sibi ista verba, sed ita, ac priuata quidem autoritate, eam torquet, ut (quod de explicatione quadam Hottomanni dicit) clamaturus esset iste textus, si clamare posset; sed plura de ea re suo loco.

Nec obstant nobis, quas §. 6. *dict. diff.* citat.

l. 49. π. de O. et A. et l. 157. de Reg. iur.

quod ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur

Nihil enim exinde sequitur, quam illud, quod heredes dolum quoque tutoris, de quo forsitan a veteribus iuris dubitatum esse, concedo, praestare debeant, quod certi quidem iuris est. De leui vero culpa plane hic nihil disponitur. Ast generalem tamen et hic constitutam esse regulam ais, quod heredum eadem, quae defunctorum obligatio. Recte quidem. Sed nulla regula sine exceptione. Et idem hoc de ea, quam §. XII, integram dedimus

l. 8. π. de fidei. et nom. vbi dicitur

tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit.

dicendum est. Exinde enim non sequitur, legislatoribus ergo nulla potestas fuit, restringere hoc ad doli modo et latae culpa praestationem. Quod tamen fecerunt. Quinimo ea ipsa lex quodammodo etiam ratione doli subvenit heredibus. Agit enim de tutoris, circa denegatam instrumentorum tutelarium editionem, commisso dolo, et hocce quidem casu contra tutorem ad editionem, et ad omne interesse agi, eoque nomine etiam in litem iurari poterat; contra eius heredem vero, ob iustam, quam allegat, ignorantiam hanc actionem post mortem tutoris institui non posse, hic adstruitur. Igitur in ea quoque re mitior heredum, quam ipsius tutoris obligatio. Et ita equidem explico istam legem.

gem. Vereor enim, ut violentissima, quam Autor in diff. sua laud. §. 38. dedit, interpretatio locum habere possit.

§. XXIX.

Pergit Autor ille ad

l. 4. pr. et §. 1. π. de fidei. et nom.

quam supra §. XXII. allegauimus, et quae de administratione heredis propria agit. Et hic quidem Ulpianum quasi indubitatum supposuisse, ait, quod ista actio eodem modo aduersus heredes detur, quo data fuit in tutores, neque praesumendum esse, si forte in praecedentibus peculiare quid circa heredes ex facto tutoris conuentos in actione tutelae obseruasset, id omissurum fuisse Tribonianum. Nego vero priorem, nego posteriorem consequentiam. Priorem, utpote solis suspicionibus fultam; posteriorem, quia Triboniano crimini, si non semper, hic certe verti non possit, quod singularem istam circa heredes tutoris dispositionem omiserit. Adposuit enim Digestorum collectioni claram ipsius Ulpiani de ea re obseruationem

l. 4. π. de mag. conv.

dicentis

Magistratum heredes non similiter, ut ipsos, teneri, quia nec heres tutoris negligentiae nomine teneretur.

Nec plura ad hanc obiectionem destruendam dicamus necesse est, ipsam enim rem nos defendere videmus.

Ast eam ipsam

l. 4. π. de mag. conu.

utpote e diametro adserptioni Autoris illius aduersam summis viribus ab eo oppugnatam et ita ab eo §. X. et XL. dict. diff. explicatam inuenimus, ut sibi plane non sit similis. Primo nullam causam esse, ait, verba: *nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur*, de herede, ex facto tutoris conuento, exponere, sed potius explicanda esse de herede conuento ex facto proprio, ob verba *legis paulo ante alleg. 4. de fidei. et nom. negligentia plane propria heredi non imputabitur.*

Verum enim vero, quomodo id exinde concludi potest: *in l. 4. de fidei. et nom.* agitur de culpa heredis propria. Ergo etiam *in l. 4. de mag. conu.* Praeterea, si nulla causa subesset interpretandi ista verba de culpa tutoris, certe nullam quoque causam obseruo, interpretandi ea de culpa heredis propria. Et quid? si dicamus, esse nobis e contrario iustissimas causas, ut illa de tutoris, non heredis explicemus negligentia? Adponam quae celeberr. Ant. Faber ad istum textum commentatus est:

Ulpianus ait, nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri. Dixi: ex defuncti negligentia, ut eos refellam, qui, quod eo loco scriptum est, de ipsius heredis negligentia intelligendum putant. Quod si ita esset, parum recte Ictus heredem tutoris similem diceret magistratus heredi, cuius negligentia propria nulla esse potest. Parum etiam adcommodate subiiceret: heredem dolo proximaе culpae succedaneum esse.

Sed

Sed replicat disertissimus Autor dict. diss. verba : *dolo proximaæ culpæ succedaneus est*, non impedire, quo minus hunc textum de culpa heredis magistratus propria explicemus, quum etiam dicat: magistratum, qui tamen ex facto proprio conueniatur, succedere in omne periculum. Ego vero omnino crediderim, absouam valde fore, si dicere vellemus, heredem magistratus dolo proximaæ culpæ et propriae quidem succedaneum esse. In propriam certe culpam succedere non possumus. Nam quod de ipso magistratu dicatur, quod in omne periculum succedat, valde adcommodate dictum est, quum actio de magistratibus conueniendis sit subsidiaria, et recte dici possit, magistratum succedere in omne periculum, tutoris scilicet, si non est soluendo. Si enim ab ipso tutore pupillo satis fieri potest, cessat plane actio ista subsidiaria. Succedere igitur in culpam aliquam, illud sine dubio praesupponit, quod aliena, non propria ista esse debeat. Sed denuo Autor noster, comparisonem istam, ait, heredum tutoris et magistratus non esse omnimodam, et valde generalem et remotam. Concedamus hoc interim (non autem concedendum esse mox ostendemus) ipse tamen fatetur, esse in ista lege institutam quandam, qualiscunque ea sit, inter heredes magistratus et tutoris comparisonem. Num vero in comparisonibus vltra tertium, quod dicunt, comparisonis est progrediendum? Tertium comparationis, respectu certe magistratus heredum est praestatio culpæ defuncti (propria enim hic heredis culpa cogitari nequit). Quomodo igitur vero simile, et orationis praecipis consentaneum est, Vlpianum hic dixisse:

Non similiter tenentur heredes magistratus, ut ipsi tenentur, ex culpa scilicet magistratus defuncti, nam nec

nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur; negligentiae scilicet plane propriae.

Quae sequuntur verba, clare etiam satis ostendunt, de culpa magistratus; non vero de culpa eius heredis sermonem esse.

§. XXXI.

Peruenimus nunc ad argumentorum Auctoris laud. facile primarium. Inde interpretes praeprimis seductos esse, ait, quod putauerint in dicta lege comparisonem institui inter heredes tutoris et magistratus, eoque semel admisso facile sibi persuasisse *legem i. Cod. de hered. tut.* loqui de culpa leui defunctorum; prius autem adsertum esse falsissimum. Primo enim maximam esse differentiam intuitu heredum conueniendorum, inter actionem tutelae et subsidiariam illam, de magistratibus conueniendis, ideoque comparisonem inter has duas institui commode non posse.

Commode dicit, quod vtiliter nos quidem acceptamus, quia aliqualem tamen eo ipso comparisonem cogitari posse concedit, quod et hinc inde in differt. concessisse perspiciamus. Sed audiamus istius adsertionis fundamentum. Actio tutelae, inquit, est ex contractu, quales actiones etiam de dolo aduersus heredes transeunt; actio vero subsidiaria est ex delicto, vel vero, vel quasi, quae actiones ex delicto aduersus heredes non dantur, nisi in quantum peruenit, aut lite cum defuncto iam contestata. Ergo non poterat Vlpianus comparare eas actiones, quodsi tamen fecerit, comparatio ista non est genuina.

Ex contractu, vel quasi est, concedo, tutelae actio, ista vero in magistratus ex delicto, vel potius quasi ex delicto promanat. Hoc Ulpianum fugisse, quis crederet? Et tamen hasce duas actiones inter se comparat. Et recte quidem. Est enim actio tutelae ex contractu quidem, ubi tamen delictum quoque versetur, et inter eiusmodi actiones, et istas, quae quasi ex delicto veniant, exigua valde intercedit differentia, et optime earum institui potest comparatio, quam posteriores reuera nullo delicto, sed pari modo, ut priores, negligentia nitantur. Est igitur earum eadem fere natura ac indoles, ac nisi esset, posset tamen optimo iure, quod et fecit Ulpianus, ratione effectus inter se comparari, eoque maiori fundamento, quod et eadem in magistratus actio detur, quae competat in tutores, uti expresse in

l. 9. Cod. de mag. comu.

dictum est. Quum igitur et istae, e diverso plane fundamento (si alias vere quidem diuersum dici poterit) actiones in hac lege ratione ipsius tutoris, et ipsius magistratus comparentur, quomodo absurdi aliquid ei rei inesse, statueri possemus, quod et ratione heredum illae inter se comparentur, et in vtraque leuis culpa praestatio hereditibus remissa sit. Veniant vel quasi ex delicto, vel quasi ex contractu, sufficit, esse easdem, ratione effectus sibi plane similes. Est igitur laucidissima, optimaque ratione fundata legis nostrae dispositio. Dicit enim Ulpianus:

NON SIMILITER TENENTUR HEREDES MAGISTRATVVM, qui nihil plane administrarunt, et qui ratione culpa in subsidium praestandae tutori plane similes sunt, et contra quos ad maiora, quam in ipsum tutorem actio competere non potest, denique qui non, nisi in sub-

F

sidium

fidium eo nomine conueniri possunt, VT IPSI TENENTVR. NAM NEC HERES TVTORIS, qui tamen res pupillares administruit, et contra quem principalis, antequam contra magistratus erperiri possumus, datur actio, NEGLIGENTIAE NOMINE TENETVR.

Quid ad commodatius dici possit, non video. Specto quoque, fore, vt huic breui nostrae et naturali admodum ad eam legem periphrasin libentiori forte animo subferribatur, quam isti, quae in §. XL. dictae differt. datur.

§. XXXII.

Pergit Autor dictae differt. §. 44. in defendenda sua opinione, nec aliquid ad rem facere, ait, quod etiam heredes magistratum de leui defunctorum culpa non teneantur, quia regulariter ne de lata quidem tenerentur, aut vltimo modo actione subsidiaria conueniri deberent. Concepit hic ipse, non semper actiones eadem qualitate in heredes dari, qua in defunctum dari solent, idemque etiam §. 38. et 39. concessisse perspiciamus. Hoc igitur exemplum satis eum conuincere debebat, non esse rem adeo absonam, quod in heredibus tutoris idem iuris esse, leges voluerint. Quod enim quasi ex delicto sit actio ista subsidiaria, tutelae non item, nihil obstare videtur, quum non solum, vt supra euicimus, nulla fere sit earum differentia, et in tutelae quoque actione delictum verferetur, sed ratione effectus pari passu ambulent, non solum ratione ipsius tutoris et magistratus, verum etiam ratione heredum. Et ipse Autor dict. differt. eodem loco fateri necesse habuit, non

non esse adhuc rem adeo certam, an ex delicto veniat actio subsidiaria, nec ne? Eamque ad earum, quae ex contractu veniunt, relatum fuisse classem clare satis ex alleg.

l. 9. π. de mag. conu.

vbi quod eadem in magistratibus actio detur, quae competat in tutores, eaque ratione actio ista subsidiaria etiam ad earum, quae ex contractibus, vel quasi veniunt, classem referri debeat, expresse euincitur, perspicere licet; quam quidem legem legi 6. 7. et 8. eod. aperte contrariam esse statuit. De qua tamen re haud solliciti esse cogimur, quum sufficiat nobis, esse sibi, si non ipsa natura sua, in effectu tamen, istas actiones plane similes.

§. XXXIII.

Eundem fere in modum iam supra §. II. disputauerat, vbi *l. 6. de mag. conu.* explicare studet. Hanc legem ostendere, inquit, dubitatum fuisse inter Ictos, an actio subsidiaria plane danda sit contra heredes eorum? qualis dubitatio commode circa quaestionem, an actio tutelae danda sit contra heredes? esse non potuerit. Et opus fuisse Rescripto Diui Pii in ea re, vt actio ista contra magistratus heredes institui possit, quum contra secundum

l. 8. π. fidei. et nom.

rescripto opus fuerit in liberandis heredibus tutorum, si negligentia propria damnum dederint. Et exinde hoc efficere conatur, extra omne dubium positum fuisse, quod heredes tutorum eodem modo de culpa tutoris teneantur, vti ipsi tenentur. Posito vero, le-

gem hancee *g. de fidei. et nomi.* loqui de culpa heredis propria, exinde tamen, quod dicit Autor ille, non sequitur, quum ab hoc ad istud non valet consequentia, et supra iam §. XXVIII. ostendimus, istam legem minime de culpa heredis agere, sed de dolo, a defuncto tutore circa editionem instrumentorum commisso. Et in hac re constitutionibus subuentum esse, lex ait, heredum ignorantiae, ne scilicet tenerentur, quo rescripto omnino opus fuit. Nisi enim de dolo ibi tutoris sermo esset, valde inconcinne. Cuius adiceret: hoc tunc obseruandum esse, cum post mortem tutoris heres conueniatur, non, si lite contestata tutor decefferit. Ex eo vero, quod dicit, rescripto opus fuisse, ad discussionem quaestionis: an heredes magistratus teneantur actione subsidiaria? nihil infesti contra doctrinam nostram sequi puto. Satis nobis sit, scire, competere nunc istam actionem contra heredes, et illud hac occasione admonemus, nisi non de ea re dubitatum sit, an heredes tutoris actione tutelae teneantur, dubitatum tamen forsitan fuisse, in quantum teneantur, et ob eam rem hic quoque rescripto opus fuisse, quod famosa ista saepe a nobis citata.

l. i. Cod. de hered. iur.

nobis exhibet. Et inde, quod nunquam negatumus, involui poterit, esse istam dispositionem singularem, ac quodammodo a communi regula recedentem.

§. XXXIV. Et haec fere sunt, quae doctissime ab Autore istius dissertationis contra communem opinionem disputata sunt, ad quae elidenda, an a me adnotata aliquid roboris habeant, prudentum libentissime submitto iudicio. Quum tamen saepe et modo allegata

l. 1. Cod. de hered. iur.

principem locum inter omnes in hac commentatione exhibitas leges occupet, faxque et tuba sit omnis controversiae, fas nobis sit, integram, quam Auctor ille §. 4. nobis ad eam reliquit, periphrasim hac adhibere.

HEREDES TUTORVM OB NEGLIGENTIAM, QUAE NON LATAE CVLPAE COMPARARI POSSIT, sed ad culpam leuam referenda sit, CON- DEMNARI NON OPORTET. Sed caue, ne hac nimis crude accipias, idem variae declarationes hic fieri notandae. Siquidem initio id procedit saltem de culpa propria heredum, et ex ea causa ita restringendum est. SI NON IAM CONTRA TUTOREM LIS INCHOATA EST, siue lis illa sit solum fundata, siue etiam iam contestata. Deinde quod etiam culpam heredum propriam attingit, possunt casus existere, ubi heredes etiam a leuis cul- pae praestatione non liberantur, scilicet si NEQVE EX DAMNO PUPILLI LVCRVM aliquid sit, et- iam ex negligentia vel ignorantia heredum CAPTA- TVM, vt si ex bonis pupilli quaedam retinuerit, putans ea pertinere ad hereditatem tutoris, AVT SI ex bona intentione heredis, vt pupillo GRATIA

potentius alicuius acquireretur, aliquid PRAESTITUM SIT. Etsi enim hoc casu heres peccet negligentia et ignorantia, ignorans videlicet; non licere tutoribus ex rebus pupilli donare, negligentia autem et ignorantia in administratione propria ei non noceat, videtur tamen id vel ita intelligendum esse, vt pertineat saltem ad omissiones heredis, non ad facta stricte dicta, vel certe, vt excipiantur alienationes bonorum pupilli.

Ast exhibeamus quoque datam ab eodem legis 4. π. de mag. conv. periphrafin, hunc in modum conceptam:

Etsi ex constitutionibus heredes magistratuum conveniri possint actione subsidiaria, NON tamen SIMILITER TENENTVR HEREDES MAGISTRATVVM, VT IPSI TENENTVR. NAM etsi quis urgere velit, actiones personales aduersus heredes eodem modo dari, vt dabantur aduersus defunctos, non tamen id vniuersaliter verum est, quia NEC HERES TVTORIS NEGLIGENTIAE propriae NOMINE TENENTVR, etsi de negligentia propria tenebatur tutor ipse. Est igitur insignis differentia inter magistratum et heredem eius, et adhuc maior, quam inter heredem tutoris et tutorem. NAM MAGISTRATVS QVIDEM IPSE IN OMNE PERICVLVM SVCCEDIT, i. e. negligentiae quoque nomine tenetur, si non exegerit satisfactionem aut non exegerit sufficientem, HERES autem IPSIVS solum DOLI ET DOLO proxima culpa, h. e. latae, quae dolo inest, succedaneus est, si videlicet magistratus in exactione cautionis plane supinus fuerit.

Ne

Nē verbulū quidem ad ista dicere, sed omnia lectorum
dijudicationi submittere in animo est. Ea tamen, quibus
autor ille ipse §. 47. vitur, verba huc transcribere li-
bet:

Erunt, qui putabunt, si liceat verbis legum tot
verba inserere, quot a nobis subinde inserta sunt,
quamlibet sententiam, etiam legibus plane aduer-
sam, ex qualibet lege posse elici.

Et ita omnino putandū esse persuasus sum.



Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page.

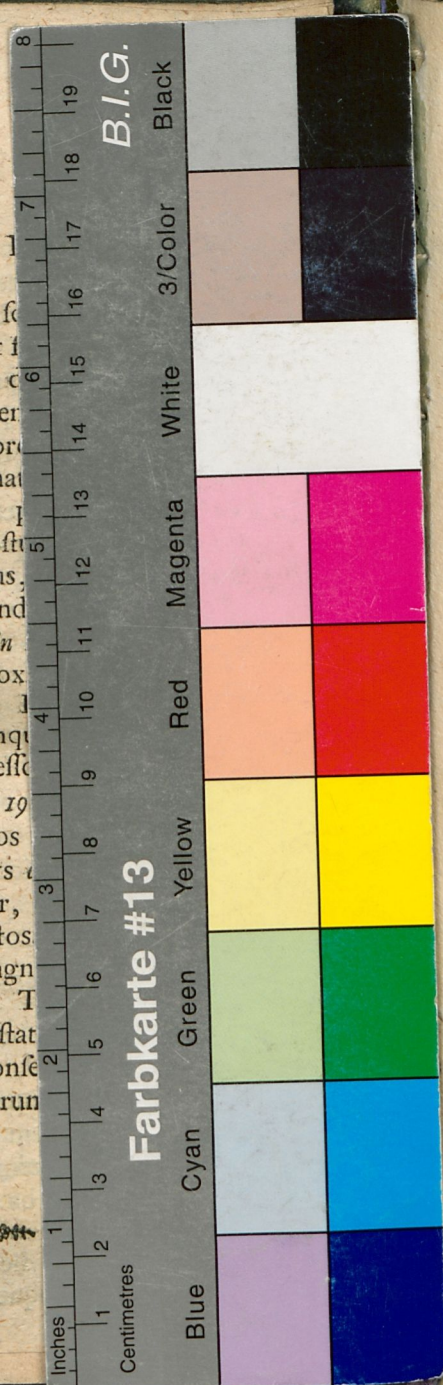




Leipzig, Diss., 1779 K-Z

X 237 1913





8007.

1779, 46.
13

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
CVLPA AB HEREDIBVS
TVTORM CVRATORVMVE
TAMEX FACTO TVTORIS, QVAM
EX FACTO PROPRIO CONVENTIS,
PRAESTANDA.

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE
P R A E S I D E

D. FRID. GOTTLIEB ZOLLERO
COD. P. P. O. ECCLES. CATHEDR. MERSEB. CAPITVL. CVRIAE
IN PROVINCIA SVPREM. ASSESSORE NEC NON FACVLTV. IVRID.
SENIORE ET ACADEM. DECEMV.

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE
CAPESSENDIS HONORIBVS

A. D. IX. SEPTEMBR. MDCCLXXIX.
H. L. Q. C.

DEFENDET
A V C T O R
ANDREAS GOTTLIEB HARTMANN
BVDISSAS.

LIPSI AE
EX OFFICINA LOEPERIA

