



1875
1704
120
10
2

DISSERTATIO JURIDICA;
DE
**FACTO TUTORUM A PUPILLIS
NON PRÆSTANDO,**

Quam
DEO TER OPT. MAX. ADNUENTE,
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDERICO VVILHELMO,
REGNI BORUSSICI, ELECTORATUS BRANDEN-
BURGICI, CETERARUMQUE PROVINCIARUM
HEREDE, &c. &c.

IN ILLUSTRIS ACADEMIA FRIDERICIANA
PRÆSIDE
JAC. FRIDERICO LUDOVICI,
J. U. D. & Prof. Publ. Extr.

PRÆCEPTORE SUO INDEFESSO AMORIS CULTU
prosequendo,
Publico & placido Eruditorum Examine submittit
BERNHARD JOHANN de Mumm/
Eques Marco Gueſtphalus.

Ad diem XXIX. April. M DCCIV. Horis locoque consuetis.

Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ.

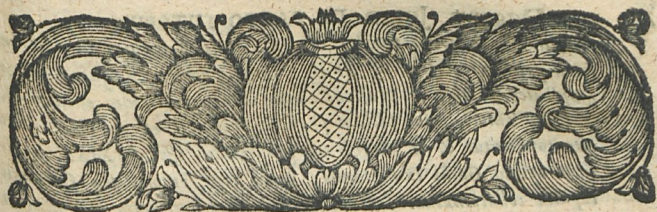
124

DISSERTATIO IBERICA
DE
FACTO TUTO
FIRMIS PUPILLIS
NON PESTANDO

AUCTOR
FRIDERICUS VILHELMUS
DE
ILLUSTRI ACADÉMIA FRIDERICIANA
PRÆSID.
JAC. FRIDERICUS LINDOVICI
I. D. & P. P. M. F. M.

BERNARDI JOHANNIS DE SIBIRIA





DISSERTATIO JURIDICA,
De
FACTO TUTORUM A PUPILLIS
NON PRÆSTANDO.

CONTENTA TOTIUS DISSERTATIONIS.

Tutores parentum officio tam quoad educationem persone pupillo-
rum, quam ratione administrationis honorum deservi debent, §. I. Sed non omnes hoc faciunt, unde varia allusiones circa vocabu-
lum latinum Tutoris & germanicum des Vormundes. De-
ducitur exinde, pupillos ad quaecunque Tutorum suorum facta
prestanda non esse adstrictos & simul thema Dissertationis propo-
nitur, §. II. Dubium: pupillos ad quaecunque facta prestanda
obligari, quia Tutela est vis & potestas, §. III. Varia interpre-
tationum explicationes, quid per vim & potestatem in definitione Tute-
le intelligatur, §. IV. Sententia glossæ, §. V. Bartoli, §. VI.
Petri Lorioi, §. VII. Quæ omnes rejiciuntur §. VIII. Refutatur
explicatio Glossæ & Accursii §. IX. Ostenditur ineptia Bartoli §.
X. & respondetur Petro Lorioi §. XI. In Vocibus: Vis & Po-
testas, non latet mysterium aliquod, sed sunt synonyma. Non
omnis Tautologia est vitium §. XII. Potestatis vocabulum du-
pliciter sumitur, vel in sensu politico, vel in sensu juris Romani,
§. XIII. In quo consistat potestas ex mente juris Romani, §. XIV.
Natura potestatis politica, quæ iterum duplex, alia Principi, alia
privatis competens, quæ posterior ad presentem scopum pertinet §.
XV. Illustratur ea exemplo potestatis maritalis §. XVI. Tu-
tori-

156
4
DISSERT. JURID. DE FACTO TUTORUM

toribus non competit potestas in sensu juris Romani talis, sed in sensu politico accepta, §. XVII. Unde pupillos ad facta eorum simpliciter & absolute praestanda non obstringi, iterum elicitur, §. XIX. Tutor, cujus factum praestare obligatus est pupillus, debet rite constitutus & a Magistratu confirmatus esse, §. XIX. Resoluitur opinio Gailii existimantis, quod loco Tutorii seu Curatoris copiam collationatam Testamenti, vel aliud legitimum documentum exhibere sufficiat, ex quo Judici constare possit, tutores esse testamentarios, §. XX. Hodie nulla amplius est differentia in effectu inter Tutorem recte datum in testamento & inter eum, qui propter defectum aliquem confirmatus, §. XXI. Pupillus non praestat facta Tutoris non conscientis inventarium, quippe quod fundamentum rationum reddendarum est, §. XXII. Tutor ad satisfactionem est obligatus §. XXIII. Neque vero hodie amplius hic distinguitur, utrum Tutor sit testamentarius, utrum legitimus, vel dativus: nec porro, an ab inferiore, an vero a superiore Magistratu constitutus, unde Leges Romanas in hac materia nullam amplius utilitatem praestare offenditur, §. XXIV. Tutores ante susceptionem administrationem juramento obstringendi, §. XXV. De differentia inter auctoritatis interpositionem & rerum pupillarum administrationem §. XXVI. Utraque in utilitatem pupilli tendere debet, §. XXVII. Transitus ad casum aliquem specialem, qui recensetur in §. XXVIII. XXIX. XXX. & XXXI. Judicium de eo secundum principia in precedentibus adducta ferendum §. XXXII. & XXXIII. Adferuntur duo dubia, (1.) presentiam agnatorum defectum Tutorum & Curatorum supplere §. XXXIV. (2.) Idem esse, an verus Tutor aliquid gesserit, utrum vero Protutor, §. XXXV. Respondetur ad prius, §. XXXVI. Et ad posterius §. XXXVII. Tutor non potest transigere de rebus pupillorum, nisi eorum jus valde dubium sit §. XXXVIII. De immobilibus quoque facultas transigendi non aliter ipsi est concessa, quam accedente decreto Magistratus. Idem in transactione incorporatum immobilibus inharentium, §. XXXIX. Distinctio nonnullorum, utrum

res

A PUPILLIS NON PRÆSTANDO.

res immobilis per transactionem in alium transferatur, annon.
 §. XL. An transactio propter solam presentiam Commissario-
 rum suscipiatur? §. XLI. Non potest ex hoc unico fundamento
 suscipi, quod confirmatio Domini territorialis eidem accesserit.
 §. XLII. Respondetur ad l. 2. C. quand. decret. opus non est, §.
 XLIII. Removentur adhuc alia dubia circa casum propositum
 obvenientia de prætensa quadam unione prolium, §. XLIV. XLV.
 & XLVI. Pupillo factum Tutoris impugnare volenti & actio
 & exceptio competit, §. XLVII. Actio illa vel est querela nulli-
 tatis, vel restitutio in integrum, §. XLVIII. Querela tamen
 nullitatis pinguior est, quam restitutio in integrum, §. XLIX.
 Conclusio Dissertationis, §. L.

§. I.



Utores parentum officio in edu-
 canda persona pupillorum, admi-
 nistrandisque bonis eorum defun-
 gi debere, ipsa rei natura ac tot
 juris Civilis auctoritates uno ore
 asserunt. Quo ipso motus Tribon-
 ianus tutores quasi tutores atque
 defensores appellari dicit in §. 2. Inst.

de Tutel. addito, ut ipsi videtur, simili haud ineleganti:
Sicuti Editi dicuntur, qui aedes tuentur. Cum itaque le-
 ges de parentibus prælumant, quod optima de liberis
 consilia foveant & cum per consequens liberi ad facta
 parentum præstanda obligentur, quis non & hoc respec-
 tu a parentibus ad tutores & a liberis ad pupillos fir-
 mum duci posse argumentum crederet?

§. II.

Nihilominus tamen Papinianus in L. 3. §. 3. ff. de
 Usur. tutelam rem minus tutam & periculosam appella-
 rare

lare non dubitat, dum testatricem, de qua loquitur, *remedium fideicommissi lubrico tutela prætulisse* dicit. Scilicet non omnes tutores officio boni patrisfamilias promiscuè defunguntur, sed illud quod in favorem & commodum pupillorum introductum erat, haud raro in eorum perniciem detorquent. Unde Albericus *ad Leg. l. §. 1. ff. de tutelâ* Tutores hodie non tutores dici putat, sed tollitores ab effectu, quia tollunt & turantur bona pupillorum. Aliis Vormundere quasi Verminderer und die den Mündelein das Brod vor dem Munde wegnehmen. Aliis aliter. Neque desunt etiam exempla ejusmodi improborum tutorum, tam recentia, quam antiqua, quorum nonnulla refert Paul. Montan. in *Tract. de jur. Tutel. & Curat. c. 1. num. 3. seqq.* Ex quo jam simul consequitur, pupillos non esse simpliciter adstrictos, ut omnia in universum tutorum suorum facta præstent; Sed potius nunc commodè formare possumus statum controversiæ, quem in præsentî Dissert. enucleabimus: *An scilicet & in quantum pupilli ad facta Tutorum præstanda obstringantur?*

§. III.

Antequam autem ad hoc accedamus, nostrum erit, ipsam naturam potestatis tutoribus in administranda tutela competentis paululum investigare, ut eo melius nostrum deinde obtinere possumus finem. Ignotum enim non est, Tutelam in LL. nostris definiti: quod sit vis & potestas in capite libero ad tuendum eum, qui se per ætatem defendere nequit, jure civili data atque permessa §. 1. *Inst. de Tutel. L. 1. ff. eod.* Ex quo statim ab initio videri poterat, tutores non minus ac parentes atque Dominos liberrima de actionibus

nibus pupillorum suorum disponendi potestate gaudere, eum, quod liberi & servi facta parentum atque dominorum suorum præstare teneantur, ex eo proveniat, quia parentibus & Dominis potestas competit, at verò & tutoribus potestatem tribuere leges, textus adducti sat aperte evincunt.

§. IV.

Sed salva res est. Inter potestatem enim & potestatem datur quoque differentia, seu clarius, potestas non est ejusdem generis. Nos quidem ex genuinis principiis facile ostendemus discrimen & exinde profluentes diversos effectus; antequam tamen hoc facimus, non inutile erit, ut varias DD. opiniones, in quas circa explicandam vim & potestatem Tutorum dilcedunt, breviter percurramus & simul ad trutinam justi revoceamus. Quod enim sunt capita, tot ferè etiam hac parte deprehendi sententias, fatetur citatus Montan. cap. 2. num. 7.

§. V.

Prodeat primum Glossa ad d. l. i. ff. de Tutel. ejusdemque Autor, Accursius, Scriptor, ut vult Montanus, ingenii judicii que dexteritate non levi honore profectendus, si seculi sui peccata cernimus. Ita autem ille: *Vim ac potestas, id est, violenta potestas, quia datur invito & invito & per hoc differt à Curatore, quia Curator non datur invito, nisi ad litem, licet quandoque cogatur, ut velit.* Eadem ferè habentur in corpore glossato ad §. i. Inst. de Tutel. nisi quod alia adhuc inter vim & potestatem subijciatur differentia: *vel dic, inquit Glossa, vim ad cogendum, potestas ad imperandum.*

§. VI. In

In omnia alia abit Bartolus, Jctus non exiguae quondam autoritatis, qui per illud, quod *vis & potestas* conjunctim in Legibus reperiantur, *potestatem non infrugiferam* denotari existimat. Movetur autem ea potissimum ratione, quod, quando alias copula invenitur posita inter duo substantiva idem significantia, copula debeat rejici & unum resolvi in adjectivum alterius, per glossam in *L. 1. ff. de pact.* ubi verba in definitione pacti, quod sit *placitum & consensus* ita explicantur, quasi dixerit Jctus *placitus consensus*, id est. Spontaneus, in medium adducto illo Virgilii - - *Arma virumque cano*, id est, *armatum virum*. Ergo inferit Bartolus, *vis & potestas* idem est, quod *viridis & non sicca potestas*, cum dictio: *Vis* non a violo, ut volebat Accursius, sed à vinco descendat, vid. Montanus *di. loc. num. 9.*

§. VII.

Denique Petrus Loriothus de *arte Juris tit. 6. de Tutel.* vim & potestatem gradibus suis ut majus & minus ab invicem differre autumat. *Vim* scilicet potentiam majorem dicit, ex ea ratione, quoniam tutor saepe mandatum & dispositionem patris negligere potest, si illa pupillo non admodum utilis esse videatur, quantum enim ad providentiam pupillarem, Domini loco habendum esse Tutorem, pronunciat Paulus in *L. 27. ff. de Administrat. & peric. Tut.* Quod si autem quæris, quomodo *potestas* tutorum ab hac vi fecerenda sit, eandem in contractibus pupillorum sese exerere, & nihil aliud, quam autoritatem, quæ animam dat negotiis pupillorum, esse statuit. Alia adducere

A PUPILLIS NON PRÆSTANDO.

ducere superfedemus, quæ apud ante laudatum Montanum pluribus reperiri possunt.

§. VIII.

Habes tres diversissimas DD. opiniones de vi & potestate Tutorum. Quid nos jam? An Accursium, utrum Bartolum, an verò tandem Loriotum ducem sequemur? Imo neutrum. Quod enim salva illorum virorum autoritate, quâ alias pollent, dictum sit, integrum hocce trifolium, à tramite justæ interpretationis non aberrasse videtur, magis tamen Accursius & Bartolus, quam Loriotus. Agedum percurramus argutias à singulis in medium prolatas.

§. IX.

Non denegabimus quidem Accursio epitheton, quod ipsi tribuebat Montanus, dum ingenii judicique dexteritatem in eo præcipuè deprædicabat, *vid. §. V.* interim tamen cum ejusmodi dexteritate aliquando nihilominus hebetudinem quandam conjunctam esse posse, nemo, credimus, inficias ibit. *Vim* ideo nominari in Legibus dicit Accursius, quia tutela constituitur *invitiis*, scilicet pupillis, & *invito*, id est, ut putamus, quia tutor etiam invitus in se tutelæ munus recipere cogitur. Neutrum intentioni legum convenit. Siquidem in definitione tutelæ *in §. 1. Inst. de Tutel. & in L. 1. ff. eod.* non agitur de pupillis, nec deciditur quæstio, an volentes, an nolentes illi tutores accipiant: Neque porro de Tutela constituenda sermo est, deque excusationibus Tutoribus competentibus; sed *Jctus naturam Tutelæ jamdum constituta* exprimere voluit, quidve Tutoribus vi ejusdem tribuendum, quid denegandum. Res tam clara est, ut, si quis indolem genuinæ
B
defi.

10 DISSERT. JURID. DE FACTO TUTORUM
definitionis quadantenus saltem intelligat, dubium ali-
quod ipsi remanere nullo modo queat. Nec opus est,
ut inter coactionem & imperium hic subtiliter distingua-
mus, nec enim primo absoluta coactio Tutori attribui
potest, & deinde, si qua ei competit, illa jam ex impe-
rio seu potestate profluit, prout semper potestas aliquam
cogendi potestatem involvit, quod inter alia in potesta-
te maritali cernere licet.

§. X.

Bartolum verò pudeat, quod tam aniles fabulas
pro justa interpretatione nobis obtrudere voluerit. Po-
namus & concedamus eidem, quod quando alias co-
pula invenitur posita inter duo substantiva idem si-
gnificantia, ea rejici & unum in alterius adjectivum
resolvi debeat; quid vero tum postea? an forsan exin-
de sequitur, ergo *Vis & potestas* idem est ac *viridis &
non sicca potestas*. Termini adeo misere coherant, ut
ipse Montanus illud agnoscere coactus fuerit *d. c. 2. n. 9.*
ubi dicit, quod quamvis plerique hanc Bartoli doctri-
nam amplexi fuerint, & ipse cum manibus tanti viri
contendere aut pugnare nolit, vel in minimo eorum
immortali gloriae derogare, ipsi tamen illa interpreta-
tio nunquam placuerit, imò quod omnino ridicula vi-
deatur, cui opinioni & nos libenter nostrum adjicimus
calculus.

§. XI.

Lorioti sententia tali quidem absurditate non la-
borat; interim tamen & eadem genuino fundamen-
to destituta & mere cerebrina esse videtur. Verum
est, quod Tutor interdum à patris voluntate recedere
possit, si eam pupillo damnosam fore deprehendat;
sed

sed ubi hoc extat, quod hoc ipsum præcise per vocabulum: *Vis*, denotetur, & cur non eadem facultas Tutori competens ex voce *potestas* derivari potest? Sane, nativa horum vocabulorum indoles illa juxta Loriciorum sententiam non distinguit, nec poterit etiam adduci & monstrari, quod à peritis in arte ita perpetuo distincta fuerint.

§. XII.

Nostram ergo ut denique subjiciamus sententiam, illa eo tendit, in verbis sæpè adductis: *Vis* & *potestas*, non esse quærendum aliquod mysterium, (ut sæpè sine ratione etiam in plurimis aliis juris textibus facere solent nonnulli DD.) sed ea synonyma esse & idem prorsus significare, *facultatem* scilicet *moralem* Tutoribus vi delatæ tutelæ competentem. At verò, obijcis, hac ratione statuendum erit, dari in textibus adductis speciem tautologiæ cujusdam; quid tum? etiam veteres Jcti tautologiam committere potuerunt. Neque vero omnis tautologia reprehendi poterit, cum interdum unum vocabulum, unaque phrasis ex altera subsequente adhuc clarius intelligatur. Jctos autem veteres solitos fuisse, ut sæpè adducta verba conjunctim ut plurimum ponerent, inter alia ex *L. 17. ff. de LL.* & ex *L. 1. ff. de noxal. action.* satis liquido patet, cui nostræ sententiæ accedit Andreas Alciatus *parerg. L. 1. c. 28.* vid. Montan. *d. 6. 2. n. 12. 13. 14.*

§. XIII.

Nihil amplius hic restat, quam (quod supra §. IV. promissimus) ut paulo distinctius monstremus, in quam potestas Tutorum à potestate Dominorum atque parentum abeat, & per consequens, quare pupilli

12 DISSERT. JURID. DE FACTO TUTORUM
non æque, ut liberi & servi, facta Tutorum suorum præ-
stare teneantur. Scilicet vocabulum: *potestas*, duplici
accipitur sensu, ita, ut alia sit *potestas in sensu politico*, alia
iterum *in sensu juris Romani talis*.

§. XIV.

Ad hanc quod attinet, cardo ejus potissimum
in fictione unitatis consistit: Sic enim Pater & filius fami-
lias juxta *L. fin. C. de Impub. & aliis Subst. L. cum scimus 22.*
§. 2. C. de Agric. & censit. L. 16 ff. de furt. ut & servus &
Dominus in L. 56 §. 1. ff. de Fidejuss. una eademque per-
sona esse intelliguntur, cum filius & servus à Domini
patrisque voluntate dependeant, & propriam volun-
tatem habere non censeantur, neque sui juris sint,
hinc patri & Domino eos tempore necessitatis vende-
re olim permissum *L. 2. de his qui sui vel alien. jur. L. 2. C.*
de patrib. qui filios distrax. & quæcunque liberi & servi
acquirunt, patri Dominove statim acquirantur *§. 1.*
Inst. per quas pers. cuique acquir. Imo si pater peculium
obligavit, filius non minus actione reali conveniri po-
test, quam actio personalis tunc contra eum locum ha-
bet, si patris heres existit, Brunnem. ad *L. 4. C. Ne filius*
pro patr. quo etiam pertinet, quod filius, cujus fundo
pater servitutum imposuit, ejus usum concedere tenea-
tur.

§. XV.

Hæc autem omnia in potestate *in sensu politico*
considerata secus se habent. Quemadmodum enim he-
rilis, patriaque potestas simul est *acquisitiva*: ita è
contrariò potestas politica, quæ quandoque nomine
imperii venire solet, dicitur solummodo facultas *directi-*
va,

va, seu dispositiva. Separanda autem hic iterum est potestas politica, quæ *Principi* competit, ab illa, quæ in *privatis* deprehenditur. Prior est, vi cuius Principi in personas & res tantum est juris, quantum scopus Reipublicæ exigit, unde circa usum ad civitatis utilitatem attemperandum non solum leges præscribere, easque vel in totum vel ex parte abrogare, sed & partem aliquam de subditorum bonis nomine tributorum decerpere potest. Et efflagitante summa Reipubl. necessitate, Principi supereminens etiam Dominium bonorum in usus publicos applicandorum æquisime tribuitur. Sed de hac potestate nobis in præsentis quidem sermo non est, unde ejusdem uberiori explanationi quoque non inharebimus.

§. XVI.

Videamus ergo de ea saltim potestatis politicæ specie, qua *privati* ex legum dispositione pollent. Deprehenditur illa præcipuè in *marito* ad uxorem suam relato, vi cuius maritus non solum jus disponendi de domicilio, de modo vivendi & reliquis ad utilitatem familiæ pertinentibus habet, sed & hoc leges ipsi indulgent, ut modice uxorem renitentem castigare possit, modo absit sævitia, ac maritus limites hac parte ipsi præscriptos non transgrediatur. Plura de hac materia dici possent, verum cum Dn. Præses in *Disp. de jur. & jurispr. domest. cap. 2. per tot.* fusè eandem pertractaverit & simul ostenderit, quod Struvius statuens, *uxorem esse personam alieni juris*, illas duas potestatis species hæctenus explicatas aperte confuderit, v. §. 15. 16. 17. d. cap. 2. hinc lectorem benevolam brevitatis amore committo.

Illud saltem adhuc addo, quod potestas ac vis, quam Tutoribus tribuunt leges, itidem sit potestas *in sensu politico talis*, nam Tutoribus nulla alia, quam illa in nuda *dispositione seu directione* consistens facultas attribui potest. Sicuti vero jus, quod Tutor in personam habet, non est jus patrium, dum pupillus caput liberum est & propria voluntate pollet; sic etiam jus disponendi de rebus pupillorum non est dominicum. Uti enim pupilli sui juris sunt, ita etiam rerum suarum dominium penes ipsos est. conf. Hugo Grotius *de jur. B. & P. lib. 2. cap. 3. §. 6.* ibique Simon. *in not.* ubi explicat, quod Tutores actum Domini secundum non habeant jure ordinario, quia alias revera Domini essent, sed vicario saltem, videlicet suorum Principalium, quorum negotia administrant.

§. XVIII.

Quo autem, inquis, ea omnia tendunt? Eo scilicet, ut jam liquido constare possit, vocabula: *vis & potestas*, quæ in definitione Tutelæ inveniuntur, non producere hunc effectum, ut pupillus ad quæcunque facta Tutoris sui præstanda obstringatur, quia non habetur cum Tutore pro una persona, sed sui juris remanet; ac quoniam per consequens non absolutum aliquod exercet dominium Tutor, sed facultate disponendi de bonis pupilli admodum restricta gaudet, ergo, ut propius ad rem nunc accedamus, ex indole & natura ipsius Tutelæ ostendendum erit, an & quatenus factum Tutoris pro facto pupilli haberi possit, & quisnam sit genuinus sensus tituli ff. *Quando ex facto Tutoris vel Curatoris minores agere, vel conveniri possint.* Illud interim

interim semel generaliter monuisse sufficiat, quod omnia, quæ de pupillis & Tutoribus dicturi sumus, eodem modo & ad minores ad Curatores suos relatos applicari queant.

§. XIX.

Tutor itaque, cujus factum pupillus præstare tenetur, *debet rite constitutus esse.* Per ritam autem constitutionem hic præcipue intelligitur *confirmatio decreto interveniente facta*, eum in finem, ut postquam hodie magistratus omnis vi Jurisdictionis *Ord. Polit. de Anno 1577. tit. 32.* præcedente causæ cognitione in mores, bona, Tutorisque vitam inquisivit, negotia gesta statim suam habeant vigorem, quod secus si ipsa confirmatio non accessit, *Myns. Obs. 37. cent. 2.* nisi intelligas ea, quæ moram non admittunt, aut facta sunt in pupilli favorem. Nec est, quod alter contrahentium excipere velit, se hac ratione, si nempe negotium cum Tutore nondum confirmato gestum tanquam nullum corrueret, damnum aliquod passurum esse; sibi enim ipsi imputet, quod cum ejusmodi non confirmato Tutore contractum inierit & cautius mercari non didicerit. Olim quidem legitimi & Testamentarii tali confirmatione opus non habebant, *L. 1. ff. de Confirm. Tutor.* cujus rei ratio partim in libertate Quiritum, partim etiam in Testamentorum favore erat posita; sed hodie libertas nostrorum Civium à potestate judiciaria non amplius sit separata, nec tantus pro testamentis militet favor, inde omnes Tutores hodie confirmari necesse est, & hoc ipsum ut decreti (*Tutorium* vocant Practici, vel *Curatorium*) productione probent, ordinariè compelli possunt.

§. XX.

§. XX.

Ita nos quidem & DD. communiter, nam nihil singularare asseruimus. In omnia alia tamen abit Andreas Gailius *lib. 2 obs. 107. num. 5.* ubi existimat: *Saltem sufficere loco Tutorii seu Curatorii exhibere copiam collationatam Testamenti, vel aliud legitimum documentum, ex quo iudici constare posset, tutores esse testamentarios.* Attamen operæ pretium esse non putamus, ut longa serie Gailium re-utemus, cum satis in propatulo sit, & testamentarios hodie æque ac alios esse confirmandos ex *Reform. Polit. de anno 1548. tit. XXX. §. 2.* quam salutiteram Caroli V. Ordinationem deinde etiam Rudolph. II. nova Ordin. Pol. de anno 1577. tit. XXXVII. §. 2. repetit: *Daß ein jeglicher Vormunder/ er sey gleich in Testaments-weise verordnet/ oder durch das Recht/ oder Richter gegeben/ sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll/ die Verwaltung sey ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decerniret und befohlen.* Add. *Jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 2. ibi:* Wenn sich aber einer oder mehr einer Vormundschaft unterwunden ohne Bestätigung des Raths/ soll da vor in Straffe genommen werden. Confer. *Jus Pruten. lib. 2. tit. 6. art. 1. §. 2.* Accedit adhuc ratio, qua Gailius plane est destitutus, quod ante ignorata morum improbitas, honorum diminutio & inimicitia, postea cum patre ortæ, sæpissime possant, ut Tutores in testamento dati non admittantur, atque sic confirmatio Tutelæ qualiscunque requisitum sit maxime necessarium & per consequens, confirmatione in factò consistente, Tutor ad eandem probandam obstrictus.

§. XXI.

Ex modo adductis obiter quoque notare licebit,
jure

jure germanico hodierno inter Tutorem recte datum & defectu laborantem, seu quod eodem recurrit, inter Tutorem ex defectu testamenti confirmatum & alium, nullam amplius intercedere differentiam. Equidem deprehenduntur nonnulli DD., qui hoc in effectu inter utrumque Tutorem adhuc interesse existimant, quod scilicet, qui ob defectum confirmandus, ante confirmationem administrare non teneatur, L. 1. C. de Testament. Tutel. & L. 5. in fin. C. qui dare Tutor. & ne quidem petere necesse habeat, ut confirmetur; quod in aliis fecus, quorum datio ipso jure subsistit, id est, qui in Testamento solenni & à patre, qui liberos adhuc in potestate habet, constituti. L. 6. C. de Testam. tutel. vid. Hopp. Exam. J. de Tutel. Quæst. 14. Ex quo volunt elicere, quod Tutor ex hac posteriori classe, si non statim etiam ante confirmationem magistratus administrationem rerum pupillarum in se suscipiat, de iis, quæ interim forsitan ex negligentia perierunt, respondere obstringatur. Verum enim vero non videtur subsistere posse hæc opinio. Verba enim in §. præc. ex Ordin. Polit. adducta: Daß ein jeglicher Vormünder = sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll / die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decerniret und befohlen / sine dubio sunt prohibitiva & Tutorem quemcumque. Er sey gleich in Testaments-Weise verordnet oder durch das Recht / oder Richter gegeben / ab administratione rerum pupillarum penitus excludunt, conf. Oswald Hilliger ad Donell. lib. 3. cap. 12. lit. a. absurditas autem maxima exinde proflueret, si aliquis propterea puniretur, quoniam scilicet illud omisit, quod expedire ipsi prohibitum erat. Plura addere opus non est, sed videri ea poterunt, quæ pro nostra hæc sententia adducit

C

illud

Præter confirmationem judicialem, de qua hætenus, adhuc tria deprehenduntur requisita alia, quæ necessario adesse debent, si quis pupillum ad factum Tutoris præstandum adstringere intendit. Horum (1.) est *inventarii confectio*, L. 24. C. de *Administr. Tutor.* quæ per hodiernas constitutiones statim post confirmationem fieri præcipitur, Ordin. Pol. de anno 1577. tit. 32. *Das er nach besohlner Verwaltung von allen Gütern ein Inventarium auffrichte.* Et hæc quidem à patre quoad *solemnitatem*, ne secreta patrimonii pandantur, aut divitiæ invidiæ exponantur, non vero quoad *ipsam substantiam* remitti potest, quæ in accurata coram pupillo ceterisque cognatis celebranda specificatione consistit, vid. Carpzov. P. 2. c. 11. *defn. 4. num. 8* Struv. S. I. C. *Exerc. 31. thes. 36.* Est enim adeo necessaria, ut ea omissa non solum pupillus nil habeat, quo tutorem ad reddendas rationes convenire possit, nisi contra ipsum in litem jurare velit, L. 7. ff. de *Administr. Tutel.* sed & tutor remedio destituatur, quo contra pupillum ad indemnitatem consequendam experiatur, cum leges, cum confectioem inventarii dolo omisisse, præsumant, *conf. d. l. 7.* & inde tanquam suspectus fit infamis, inque id, quod interest tenetur, pupillis è contrario ratione eorum, quæ ante inventarii confectioem gesta sunt, ad factum tutoris præstandum non est obligatus, quod tanquam notabile quid commendat Mynsing. d. cent. 2. *observ. 37.*

§. XXIII.

Deinde huc etiam (2.) est referenda *Satüdatio*. Sed quid



quid voce satisfactionis indigitatur? Id quidem nulli dubio subjacet, quod quoties in jure nostro satisfationis simpliciter mentio fit, toties fidejussoria fit subintelligenda, *L. 7. ff. de Stipulat. Prat.* quippe quam propingviori habent LL. Civiles, cum scilicet ad quamcunque damni quantitatem resarciendam obligatus sit fidejussor, pignora autem certam æstimationem habeant; Nihilominus tamen, cum hodie DD. in eo fere conveniant omnes, cautionem pignoratitiam cautioni Fidejussoriæ æquiparari, vid. *Carpzov. P. 1 C 5 D. 7.* hinc magistratui imputari nihil poterit, quamvis præcise per fidejussores pupillo caveri non curaverit, sed pignora eorum loco admiserit. Non obstat, quod in *Ordin. Polit. de Anno 1577. tit. 32.* nec non altera illa de *Anno 1548.* requiratur: *gnugsame und redtmäßige Caution, item Versicherung* / quid enim impedit, quo minus hæc prædicata etiam ad cautionem pignoratitiam applicari possint, modo judex ejus valoris pignora à Tutoribus exigat, ut exinde pupillus probabiliter indemnis fieri queat, si ipsum à tutore lædi contigerit.

§. XXIV.

Incidenter hic iterum observare liceat, leges Romanas, quæ de cautione à Tutoribus præstanda disponunt, exiguam, aut plane nullam in Germania nobis utilitatem præstare. Scilicet tutores in testamento solenni à patre filium in sua potestate habente constituti ab omni satisfationis onere immunes erant, *pr. Inst. de Satisfat. Tutor.* ubi ratio additur, quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est. Idem obtinebat, si tutores à magistratu superiore, v. gr. Præ-tore & Proconsule ex inquisitione dati erant, *d. pr. Inst. de*

de *Satisdat. Tut. L. 2. ff. de confirmat. tutor.* unde tunc demum satisfactio exigebatur, si vel tutores legitimi tutelam suscipiebant, *arg. d. pr. Inst. Lauterbach. Comp. Jur. ad tit. ff. rem pupill. vel adolefc. salu. for. ab init.* vel magistratus interiores, sive municipales Tutores constituiebant, *v. l. 5 ff. de confirm. tutor.* (ubi contextus ostendit, quod per vocem *magistratus*, interiores seu municipales intelligendi, vid. Gothofred. *ibid. in not.*) Verum enim vero Ordinationes Politicæ d. Anno 1548. & 1577. in §. præcedentibus, vel legitimus, neque an à magistratu superiore, an vero ab inferiore constitutus fuerit, sed omnes indistincte tutores ad cautionem præstandam, & omnes etiam magistratus ad eandem exigendam præcise adstringunt, unde non sine causa mireris, qui fiat, quod ejusmodi inutiles doctrinæ adhuc communiter à DD. in Germania viventibus in compendiis maxima cura & diligentia proponi & pertractari soleant. Sed ita quidem nunc fere receptum videtur, ut inutilia & doceantur & discantur, posthabitis illis, quæ veram aliquando utilitatem præstare poterant.

§. XXV.

Ultimum denique & (3.) requisitum in constitutione Tutorum observandum, est *solennis juramento præstatio*, cujus quidem vestigium nec in Digestis, nec in Codiceprehenditur, nisi in *l. fn. §. 5. c. de Curat. fur.* ubi curatorem furiosæ ad hoc præsentem viro religiosissimo locorum Antistite & tribus Primatibus tacitis item sacrosanctis Evangeliiis præstandum, obstrictum esse, expresse extat; verum de jure Civili novissimo hac de re nullum est dubium, uti videre licet ex *Novel. l. 72. c. ult.*

ult. & *Auth. quod nunc C. d. tit. Idem volunt constitutiones Imperii, Carol. V. Reform. polit. de Anno 1548. tit. 36. §. 3. sancivit: Daß ein jeglicher Vormunder mit Gelubden und Eyden beladen werde/ daßer seinen Pflieg-Kindern und ihren Gütern getreulich ic. ut & Rudolph. II. Reform. Polit. d. Anno 1577. tit. 32. §. 3. Hodierna luce tamen juramenti præstatio fere in defuetudinem abiit, id est, rarius adhibetur, fortassis eam ob rationem, ut eo facilius tutores reperiantur, qui cum fide jurisjurandi tutelam suscipiant, cum interdum nonnulli ex erronea etiam conscientia formale juramentum præstare recusent. Interim tamen adhuc hodie pro ratione circumstantiarum juramentum à judice exigì posse, nemo forsitan in dubium vocabit, conf. de hac materia Dn. ab Andler. *Jurispr. publ. & priv. Lib. 2. tit. 1. P. 1. num. 4. seqq. ubi num. 13. multos etiam Duces & Principes tale juramentum præstitisse testatur post Maulium de tutel. tit. 12. §. Statuit tamen.**

§. XXVI.

Quod si ergò hætenus adducta ritè observata fuerunt, tunc tutor demum ipsam tutelæ administrationem rectè in se suscipit, quæ in eo consistit, ut judicium pupilli imperfectum prudentia sua suppleat, quo primario spectat cura personæ pupillaris, ut alimenta secundum facultatem decernantur, ut pupillus probe instituat, & rerum ejus nihil pereat, vid. Dn. ab Andler *loc. prox. cit. num. 9. &*, quod negotia à pupillo expedienda attinet, ut in iisdem autoritatem suam interponat. Cum autem in jure Romano de Tutoribus interdum prædicetur, quod *autoritatem interponant*, interdum vero, quod *administrent*, hinc differentiam inter

hæc duo prædicata intercedentem hic præmississe non inutile erit. Ut breves simus, tota res eo redit. Pupillus aut in infantia adhuc est constitutus, ubi nihil plane in administratione rerum suarum præstare potest; aut vero jam infantiam est egressus, ubi iudicium quodammodo maturescere incipit. Priori casu administrare dicitur Tutor; posteriori autem auctoritatem suam interponere, conf. L. 1. §. ff. de Admin. & peric. tut. & integri duo tituli ff. quorum primus de Administratione, alter autem de Auctoritate Tutorum inscribitur, add. Dn. Præsidis usus pract. Distinct. jur. ad tit. ff. de tut. Distinct. IV. & ad tit. de administ. & peric. Tut. dist. 1.

§. XXVII.

Quicquid vero hujus sit, in utroque tamen casu administratio & auctoritatis interpositio semper ad utilitatem pupilli tendere debet. Et quoniam hodie tutores plerumque etiam adutorum negotia soli expedire consueverunt, adlata juris Romani distinctio sine dubio inter inutiles referenda erit. Latisimus vero hic nobis differendi campus se aperiret, si omnes illas controversias, quæ inter DD. de hac materia agentes, ventilantur, sigillatim recensere, nostrumque de iisdem iudicium subjungere vellemus; sed id quidem in præsentia, & postquam Montanus, Maulius, aliique jam dudum ante nos de tutelis integros edidit tractatus, instituti nostri non est, unde contenti erimus, modo genuinum fundamentum, ex quo omnes ejusmodi controversiæ decisionem suam capere, debent, adduxerimus, hoc scilicet: *Tutorem, quia patris vice fungitur, tanquam bonum patremfamilias tam circa personam, quam circa bona pupilli sui versari debere, & e contra-*
rio pu

rio pupillam, si talem se non gerit, ad facta ejus præstanda nullo jure obligari.

§. XXVIII.

His ita generaliter hætenus recensitis, liceat nunc ad calum quendam specialem descendere, quia in patria mea contigit, deque eo partim ex dictis, partim ex aliis adhuc ulterius adducendis juris principiis judicium ferre. Scilicet illustris quædam persona J. de M. matrimonio sibi junxerat virginem illustri itidem prosapia oriundam E. C. de S. & in pactis dotalibus inter utramque partem ratione bonorum suorum ita convenerat: Daß keines von beyden Eheleuten aus den angebrachten/ anerfallenen/ gewonnenen und erworbenen Güthern (da ihnen der liebe Gott Kinder beschereu würde) nach gebrochenem Ehe-Bette derselben zu verbringen oder zu verwenden macht haben solle; außserhalb/ daß der von M. da sie GOET durch zeitlichen Todt trennen würde/ so doch derselbe lange verhüten wolle/ und er sich in die zweyte Ehe wider begeben würde/ 3000. Rthlr. Frau E. C. de S. aber 2000. Cöllnischer Thaler auf obgedachten Fall zu verbringen mächtig seyn sollen.

§. XXIX.

Steterat hoc matrimonium per aliquod tempus, & ex eo filia C. C. de M. nec non duo filii (qui postmodum iterum mortui) nati erant. Providentia divina autem ita dirigente accidebat, quod mater horum liberorum & uxor J. de M. in fata concedebat & modo dictum J. de M. viduum relinquebat. Quamvis vero prout in §. præced. adductum, in pactis dotalibus inter E. C. de S. & J. de M. conventum esset, quod in eo casu, si viduus ad secunda vota transfret, de majori quantitate

titate quam 3000 thal. disponere non debeat, nihilominus tamen dictus J. de M., ubi secunda vice cum E. C. de B. matrimonium contraxit, ad hanc secundam uxorem omnia bona prioris matrimonii transferre, & speciem quandam unionis prolium privata tamen auctoritate in pactis dotalibus, eum hac secunda uxore initis, constituere sibi præsumpsit, quæ pacta omnes cognati filiarum, ex primo matrimonio adhuc superstitis C. C. de M. tanquam huic non parum præjudicantia, non ratihabuerunt, & propterea eadem subscriptione sua confirmare semper recularunt.

§. XXX.

Moritur deinde ipse J. de M. relicta filia unica jam nominata C. C. de M. eaque adhuc in minorenni ætate constituta, cui à noverca ratione bonorum ex primo J. de M. matrimonio provenientium & lucceptionis in illa varia lites motæ fuerunt, noverca ad pacta dotalia secundi matrimonii (de quibus in §. præced.) C. C. de M. è contrario ad pacta primi (de quibus in §. XXVIII.) provocante. Noverca ut eo magis tuta esset, statim post mortem mariti J. de M. possessionem omnium ab eodem ex primo matrimonio provenientium bonorum apprehendit, iisque per integros octo annos, ut domina, utitur fruitur, quibus elapsis aliquam bonorum partem privignæ suæ restituit, ratione residui autem, nec non ratione bonorum ad eandem privignam jure hereditario à cognatis suis devolutam A. MDCL. d. XVI. Martii cum ea transit sequentem in modum: Daß obwohln anfänglich an seiten der C. C. de M. auf die in erster Ehe aufgerichtete pacta dotalia und vermöge deren dahingegang-

gen

gen werden wollen/das der selben der an dem Hauße A.
 stehende Pfandschilling ganz und zumahl verbleiben/
 denen Kindern zweyter Ehe aber mit 3000. Rthlr. dabey
 ausgefolget werden solte/hergegen aber an zweyter Ehe
 Seiten/die in der selben zweyten Ehe gestiftete Heyraths
 Veredung und in Kraft deren die darinnen verwilligte
 Einkindschaft faktinirer und behauptet werden wollen.
 Das dennoch darüber also geschlossen/das aus demsel-
 ben ganzen Pfand-Schilling/sich zu der Summen von
 15000 Rthlr. betragende/die Frau Wittib und deren Kin-
 der ein Drittheil/nemlich 5000. Rthlr. und aus der B.
 Erbschaft das Lehnguth zu M. haben und behalten/das
 die übrige 10000 Rthlr. aber ihr/der Jungfrau von erster
 Ehe verbleiben sollen. Et paulo post: Was die Zeithero
 absterbens des von M. bishero aus dem Pfand-Schil-
 ling gehobene und noch stehende Pacht anbetrifft/das
 erstlich mit dem gewesenen Rentmeister und Pächtigern/
 und folglich unter beyden theilen Liquidation und Rech-
 nung gehalten/und beyder Ehe-Kinder jedes theil zur
 Halbscheid selbiger Intraden zugelassen/und damit ver-
 gleichen seyn solle. Subscripta fuit hæc transactio nomine
 C. C. de M. ab aliquo ex ejus cognatis G. de S., Commissariis
 item Electoralibus, quorum interventu integrum negoti-
 um ita privatim & absq; strepitu judiciali compositum, &
 deniq; etiam ipsa confirmatio Electoralis sub dato d. XXV
 Jun. MDCLII. accessit, cujus tenor est, quod Serenissimus
 den Vergleich in allen seinen Buchstaben dergestalt be-
 stättiget und bekräftiget haben wolle/das er von allen
 Seiten fest und unverbrüchlich gehalten werden solle.

§. XXXI.

His ita peractis sæpe memorata C. C. de M. anno

D

xtatis

ætatis suæ decimo octavo & sic durante adhuc minore-
nitate matrimonium cum B. de M. contrahit, qui visis
paëtis dotalibus (de quibus supra §. XXVIII.) & collata
cum iisdem transactione in §. *præced.* recensita, uxorem
hancce suam per dictam transactionem non parum læ-
sam esse existimavit, & propterea eandem judicialiter im-
pugnare cœpit. Quamvis vero hic B. de M. læsionem
ex ipso facto satis clare elucescere putaverit, nihilominus
tamen adversam sententiam expertus est: Daß Besagte
von angestellter Klage und Anspruch zu absolviren und
zu folge zwischen erster und zweyter Ehe Kinder/ Bor-
munder und Freunden im Jahr 1650. den 16. März vor
den Churfürstlichen Commissariis erthätigten/ und von
der Regierung in Anno 1652. gnädigst confirmirten Ver-
gleich bey dem Lehnguth M. und einem gerechten Drit-
tentheil der A. Pfandschaft samt übrigen ihnen darin-
nen zugelegten salva liquidatione super perceptis mit dem
Einhabern/ zu manutemiren und zu schützen/ jedoch den
Klägern das petitorium vorzubehalten sey/ quæ senten-
tia deinde per aliam adhuc confirmata fuit.

§. XXXII.

Nostrum quidem non est, ut potestatem deci-
dendi & judicandi in hac causa nobis arrogemus; in-
terim tamen, quoniam post publicatas illas sententias
res iterum in alium statum pervenit & adhuc sub ju-
dice lis est, nobis etiam permillum fore putamus, ut
communia juris principia potestatem tutorum in ad-
ministrandis pupillorum bonis determinantia, hic bre-
vibus percurramus & secundum ea de transactione in
§. XXX. recensita mentem nostram in genere aperiamus,
ipsam totius negotii decisionem relicuri illis, qui actis
ad

ad hanc causam pertinentibus & simul etiam potestate publica definiendi causas controversias instructi sunt.

§. XXXIII.

Primo omnium autem repetendum est, quod supra in §. XIX. monuimus, hodie in quocunque tutelarum genere necessario requiri, ut confirmatio magistratus accedat, unde è contrario consequitur, neminem pro vero tutore habendum esse, qui ejusmodi confirmatione destitutus, sed omnia ab eo gesta irrita fieri & annullari debere. Jam vero quoad factum (prout nobis relatum) in recensito casu extra controversiam positum, quod G. de S. qui nomine C. C. de M. transactionem subscripsit (vid. §. XXX.) tutelam ejus prævia confirmatione nunquam gesserit, sed solum ex cognatis illius fuerit, unde etiam in sententia in §. XXXI. recensita illa vocabula: Zwischen erster und zweyter EheKinder Vormünder und Freunden adhibebantur. Et ergo ex hoc fundamento validitate dictæ transactionis statim ab initio non parum decedit

§. XXXIV.

Non desunt tamen etiam, quæ hic nobis opponi, & ex quibus valor transactionis inite nihilominus defendi posse videtur, scilicet *agnatorum presentia defectum Tutorum & Curatorum supplet.* Quod assertum quamvis, quantum nobis constat, in jure Civili non adeo liquide sit fundatum, oppido enim miserum est argumentum, quod ex princ. J. de legit. agnat. tut. ibi: *quibus autem testamento tutor datus non est: his ex Lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi,* petit Mevius ad Jus Lubec. P. 2. tit. 2. Art. 33 n. 100. Interim

28 DISSERT. JURID. DE FACTO TUTORUM
terim tamen communis tere DD. opinio ita habet quæ
haud raro in praxi vim obligandi post se trahit, vid.
Tusch. Tom. 7. pract. conclus. tit. 5. conclus. 599. num. 27. Ber-
lich. pract. conclus. p. 2. conclus. 37. num. 84. Menoch. L. 3.
presumt. 128. num. 2. seqq. Mevius d. l. & l. i. tit. 10. art. 1.
num. 53.

§. XXXV.

Hoc quoque non parum nobis obstare videtur,
quod quamvis cognatus C. C. de M. qui transactionem
ejus nomine iniit, veri Tutoris nomine insigniri non
possit, nihilominus tamen præter tutores veros, etiam
Protutores dentur, qui, ubi Tutores non sunt, bona ta-
men intentione negotia impuberum vel minorennium,
administrant, vid. L. l. §. 1. ff. de eos, qui pro tut. Hi, quem-
admodum Tutoribus veris semper comparantur: ita quo-
que hoc casu sine dubio inter utrumque genus nulla sta-
tuenda erit differentia. Quis vero præsumeret, dictum
G. de §. aliam quam bonam intentionem tempore cele-
bratæ transactionis habuisse.

§. XXXVI.

Quod ad hæc dubia attinet, quoad primum in
§. XXXIV. propositum ab initio repetimus, assertum
DD. quod præsentia consanguineorum vice Tutoris
fungatur, in jure Romano, juxta ea, quæ adducunt,
DD. non liquido esse fundatum, vid. d. §. XXXIV.
neque indistincte opinionem DD. communem vim ob-
ligandi habere posse, cum dentur opiniones commu-
nes contra communes. Deinde etiam, licet adsuma-
mus opinionem illam, hoc tamen iterum discutiendum
restat, utrum etiam unius consanguinei præsentia suffici-
at, annon vero plurium, cum DD. semper in numero
plurali

plurali *consanguineorum* mentionem injicere consueverint, pluralis autem locutio ad minimum duos denotet, pro ut in materia de testibus ex *L. 12. ff. de testib.* deducere solent.

§. XXXVII.

Quoad alterum in §. XXXV. notandum est, duas in materia de Protutela separandas esse quæstiones. Prima est: *An & quales actiones inter pupillum & Protutorem dentur, seu quatenus inter se obligentur.* Secunda autem: *an & quatenus pupillus tertio ex contractu autoritate Protutoris inito obstrictus sit.* Intuitu primæ quæstionis quidem verus & Protutor semper comparantur, ut scilicet uterque eandem diligentiam in administratione rerum pupillarum adhibere, & pupillus vicissim utrumque eodem modo indemnem præstare debeat, *L. 4. & 5. ff. de eo, qui pro tut.* Intuitu autem secundæ quæstionis, non eadem in Legibus deprehenditur comparatio. Quod si enim verus tutor aliquid alienavit, ex quo pupillus laesus non est, pupillo facultas, ut ejusmodi contractum impugnet, neutiquam competit, *L. 5. ibi: in quibus se captos probare possunt C. de in integr. restit. min. 25. ann.* Ast vero quoad res a Protutore alienatas aliter est, unde Celsus in *L. 2. ff. de eo, qui pro Tutor.* pupillum rem a protutore venditam repetere posse asserit, quamvis pupillo cautum sit, addita ratione, quia non eadem hujus, qua Tutoris, est rerum pupilli administratio, vid. Illustr. Stryk. *Caut. Contract. Sect. 1. c. 3. §. 23. ibi: quia non intervenit veri Tutoris autoritas.* Unde forsitan ita dici posset: Protutorem ad conservandum quidem admitti, non autem ad alienandum, at vero casus, de quo disputamus, alienationem sine dubio involvit.

§. XXXVIII.

Parum itaque obstare videntur adlata illa dubia. Sed ut adhuc clarius rei indoles adpareat, jam ulterius demonstrandum erit, transactionem, de qua disputamus, nullo modo subsistere posse, quamvis G. de S. verus tutor fuisset, omniaque illa, quæ supra fufe recensuimus, ante confirmationem judicialem revera & actu præstitisset. Scilicet primo ex principiis juris notum est, quod regulariter Tutori potestas transigendi non competat, nisi in eo casu solum, si jus pupilli valde dubium est, L. 46. §. ult. ff. de Admin. Tut. arg. L. 35. pr. ff. de jurejur. ex quibus textibus leges generaliter loquentes & facultatem transigendi Tutoribus simpliciter tribuerent, v. g. L. 54. §. fin. L. 56. §. 4. ff. de furt. restringi debent, vid. Lauterb. Comp. jur. tit. de transact. Brunnem. ad d. L. 46. §. ult. ff. de Admin. Tut. Gail. l. 2. obs. 72. num. 1. Struv. s. J. C. Ex. 6. thes. 55. Montan. de tutel. c. 33 num. 289. Quis autem in casu nostro jus C. C. de M. ejusmodi maximæ dubietati involutum fuisset assereret? Aderant nempe pacta dotalia in §. XXXVIII. recensita, ex quibus illud quam liquidissime & quam facillime demonstrari poterat, illud unicum saltem à parte adverſa E. C. de B. obmovebatur, quod pacta dotalia posteriora, & in iisdem constituta unio prolium adesset, v. verba transactionis in §. XXX. relata, ibi: Hergegen aber an zweyter Ehe Seiten/ die in derselben zwenten Ehe gestiffete Heyraths Beredung und in Krafft derer die darinnen verwilligte Einkindschafft sustiniret und behauptet werden wollen; at, quam leve hoc erat dubium! Pacta enim priora unius dissensu per pacta posteriora cum tertio inita tolli non posse, ipsis etiam Dupondiis, vel si mavis, novis

novis Justinianis notum est. Quod autem pacta priora per modum conventionis inita fuerint, de eo ex toto contextu præcipue ex verbis: *Dabey ferners von ehedgedachten beyden Eheleuten eingangen und verabscheidet*/nullum remanet dubium.

§. XXXIX.

Posito autem ulterius, quod minorennis C. C. de M. jus valde dubium fuerit, (quod tamen ex hæcenus adductis vix vel ne vix quidem poni potest) nihilominus tamen sustinebimus, transactionem non fuisse legitime celebratam. Ex verbis nempe sæpe adductæ transactionis sat liquido apparet, quod controversia de *rebus immobilibus* maximam partem agitata fuerit, quia partim feudum aliquod *das Lehnguth* zu M. partim etiam der *Pfandschilling an dem Hause U.* objectum transactionis constituit, jura autem, quæ bona immobilia concernunt (quale hic est jus pignoris) ipsis bonis immobilibus etiam fictione Legum accenter expediti juris est, *Carpz. P. 3. c. 23. def. 8. n. 8. Lauterb. Comp. Jur. de Rer. div. in fin.* unde etiam annui reditus, *unablöbliche Renten* pro immobilibus habentur, *Illustr. Dn. Stryk. in not. ad Lauterb. d. t. voc. annui reditus in fin.* in eo autem DD. ni fallor, conveniunt omnes, quod quemadmodum nulla immobilium alienatio à Tutore facta subsistit, nisi Decretum Judicis accesserit: Ita quoque transactio, tanquam alienationis species, valida non sit, si ejusmodi requisito essentiali destituatur, per textum expressum in *L. 4. C. de Præd. & alien. reb. minor.*

§. XL.

Scio quidem, quod nonnulli interpretes distinguant, utrum per transactionem res immobilis in ali-

32 DISSERT. JURID. DE FACTO TUTORUM
um transferatur, an vero transactio eo tendat, ut illa pe-
nes minorem permaneat, & quod priori quidem casu tran-
sfigere non possit tutor, bene tamen posteriori vid. Pi-
nel. ad L. 1. C. de bon. matern. §. 3. n. 46. Montan. c. 33. n. 247.
Brunnem. ad L. 3. C. de præd. & al. reb. min. Sed ea distin-
ctio in casu præsentis transactionem non sustinet, quia
feudum, das Lehngut zu M. in totum, nec non der
Pfund-Schilling an dem Hause N. ex tertia parte in vi-
duam ejusque liberos translata fuit, vid. verba transactio-
nis in §. XXX. adducta, daß aus demselben ganzen Pfund-
Schilling sich zu der Summen von 15000. Rthlr. betra-
gende/die Frau Wittib und deren Kinder ein Drittheil/
nemlich 5000. Rthlr. und aus der B. Erbschaft das Lehne
Guth zu M. haben und behalten/das die übrige 10000.
Rthlr. aber ihr/der Jungfrau von erster Ehe verbleiben
sollen. Non obstat, quod vidua jam in possessione bo-
norum controversorum fuerit, vid. d. §. XXX. Prohi-
bitio enim transactionis non ad eum calum solummo-
do pertinet, si pupillus transigat rem a se possessam
dimittendo, sed ad eum quoque, si rem advertario de-
tentam eidem relinquat, quia & tunc jura sua intu-
itu rei immobilis competentia alienat, Tiraquell. de Retr.
confang. §. 1. gloss. 14. n. 70. Tusch. Pract. concl. lit. P. con-
clus. 450. Brunnem. ad L. 46. §. fin. ff. de Admin. & peric. Tut.
num. 20.

§. XLI.

Nec juvat transactionem, quod tamen in præsen-
tia certorum Commissariorum celebrata fuerit. Quem
enim latet primo, minori etiam contra actus judicia-
les restitutionis beneficium competere, si per eisdem
læsus est, vid. Lauterbach. comp. jur. de min. 25. ann. De-
inde

inde etiam quemadmodum supra demonstratum est, (vid. §. XXXVII.) quod Protutorum (& consanguineorum, nam eadem est ratio) præsentia in alienatione bonorum immobilium extrajudiciali non sufficiat, sed veri Tutoris autoritas requiratur; ita quoque idem in alienatione judiciali obtinet, quippe ubi Judicem loco Tutoris consentire non sufficit, Schœpffer *Synops. Jur. privat. tit. de reb. eor. num. 2.* Audiamus Constantinum Imp. in *L. 3. C. si propt. publ. pensit.* ubi de venditione judicialiter & sub hasta facta ita loquitur: *Sin autem minoris forte persona fuerit inserta, necesse sit legitima defensionis venditioni personam adesse; nihilque intersit, utrumne officium summæ rei procuratoris, an certe rectoris provincie ad, quod debitum fuerit, proposuerit, ubi per vocem: legitima defensionis personam, non obscure verus Tutor indigitatur, quoniam scilicet, uti dictum, leges talem in alienatione bonorum immobilium pupilli semper requirunt.* Adde omnino casum notabilem, quem exhibet *Illustr. Stryk. in Caut. Contr. Sect. 1. cap. 3. §. 21. & 22.* ubi alienatio prædij minoris etiam prævio decreto, nec non mit Wissen und Willen der Freunde und aus gehalten Rath der selben facta erat, & nihilominus tamen deinde ex causis *loc. cit. §. 23* recensitis impugnabatur, inter quas hæc primo loco posita est: quia non intervenit veri Tutoris autoritas, *Montan. de Tut. c. 33. num. 29.* non enim (additur) hic sufficit, si protutor interveniat, sed adesse Tutor debet, qui revera est in administratione, *Decius Consl. 467.* imo non patitur juris ratio, ut quis Tutoris & judicis vices in eodem actu sustineat.

§. XLII.

Sed accessit tamen & confirmatio ipsius Domini
E
terri-

34 DISSERT. JURID. DE FACTO TUTORUM territorialis? Ita est quidem, sed respondeant pro nobis Impp. Valer. & Gallien. quorum verba in *L. 5. C. de præd. & aliis reb. min.* hæc sunt: *Et si Præses provincie decreverit alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum prædium: tamen actionem pupillo, si falsis allegationibus circumventam ejus religionem probare possit, Senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaberis.* Ne rideas vero existimans, ac si nos confirmationem à Domino territorii factam cum Decreto Præsidis Provincie comparare velimus, nam nos etiam ridemus eos, qui potestatem Statuum ex potestate magistratuum Romanorum dimetiri intendunt. Illud saltem ex adducto textu notamus, quod sæpe *falsis allegationibus* confirmatio à superiore impetrari soleat, ubi tamen confirmabile quid non abest, quale quid ex hæctenus adductis in præfenti casu nemo deprehendere poterit. Et hoc ipsum movit Serenissimum territorii Dominum, quod de dato d. IX. Decembr. 1687. in hac ipsa causa, non obstante illa confirmatione clementissime rescripserit an das Hoffg. zu Cl. unpartheyische Justiz zu administriren/ und da es sich mit ihrer Sache berichteter massen verhält, daß sie des ihrigen de facto entsetzet worden/ die Vernehmung zu thun/ daß ihnen solches cum omni causa restituiret und dem Recht sein ungehinderter Lauff gelassen werde.

§. XLIII.

Ex hæctenus dictis simul resolvitur dubium, quod ex *L. 2. C. quand. Decret. opus non est*, desumi forsan possit. Scilicet statuunt DD. communiter, quod in alienatione immobilium ad minores spectantium decreto judicis opus non sit, quoties ipse Princeps in ejusmodi alienationem consensit, & suffragatur illis *d. l. 2. illud*, inquit

inquit Imp. Aurelianus, *requirendum est, an adito Principe Saturninus vir clarissimus specialiter jure venditionis acciperit. Ad instar enim Præsidualis Decreti concessio principalis accedit.* Neque enim hoc ita accipiendum est, ac si nudum Principis Rescriptum sufficiat, cum & Principi circumstantiæ rerum pupillarium cognitiæ non sint; sed ita demum illud vice decreti fungitur, si ex justa causa, id est, prævia causa cognitione detur, *Nebelkrä P. 1. Dec. 7. Brunneman. ad d. l. 2.* quæ tamen hic ubique deficit.

§. XLIV.

Ne autem nihil quicquam intactum remaneat, nunc tandem perspicendum adhuc erit unicum, illud scilicet, quoniam J. de M. (*vid. §. XXIX.*) cum secunda sua uxore speciem quandam unionis prolium inire voluisse videtur, an hæc prætensa unio prolium secundum verâ juris principia sese recte habeat? Licebit ergo in hunc finem requisita ad unionem prolium legitime constituendam necessaria una serie recensere, quorum *primum* est: ut non privata autoritate contrahentium fiat, sed accedente Judicis confirmatione atque decreto celebretur, *vid. Rickius in tract. de Union. Prol. cap. 6. num. 4.* nam cum in ejusmodi actu personæ parentum aliquatenus sint suspectæ, cognati soli etiam hanc rem, uti ad se directo non pertinentem ea, quæ decet, diligentia non exquirant, neque perscrutentur, non solum æquum est, Judices hac in parte vices parentum agere, ac geminatum fidei pietatisque officium præstare; verum etiam maxime necessarium, cum jura vitrico vel novercæ defuncti conjugis memoriam & liberorum charitatem negligenti *Novell. 22.*

cap. 40. nullam adhibeant fidem, L. 4. ff. de Inoffic. testam. sed potius inter illam & privignos odium præsumant, Dn. Stryk. ad Lauterb. ff. de Furtis.

§. XLV.

Verum enim vero nec solius Judicis decretum rem conficit, quippe cui plurima, ad quæstiones facti pertinentia, incognita sunt, sed requiritur *secundo*, ut consensus tutorum & agnatorum accedat. Quod si pupilli tutores non habent, necesse est, ut ipsis tales à magistratu constituantur, aut cognati in debita forma ad tutelam curamve vocentur, eont Rick. *d. tract. de union. Prol. cap. 6. §. 23.* qui etiam ibidem §. 17. dicit: quod iudex teneatur tutores & curatores religione jurisjurandi adigere, se scilicet sincere credere, hoc pactum omnibus liberis non parum fore salutare, quoniam tutoribus, qui nonnunquam iudici lucri sui causa quid adseverare solent, non nimium absque jurando credendum. *Tertio* & ultimo necesse est, ut accedat etiam causæ cognitio, quantæ sint liberorum uniendorum facultates, quantusque numerus, quamvis enim facultates fere sint æquales, si tamen sponsa, v. g. quinque, sponsus autem tres solummodo vel duos liberos habet, unio prolium subsistere non poterit, quia sponsi liberi læderentur, vid. *Illustr. Dn. Stryk. de Caut. Contract. Sect. 3. cap. 6. §. 10.* unde magistratus cura admodum diligentissima vigilare debet, ne quandam inæqualitatem admittat & sub copulandæ adoptionis seu unionis obtentu alter in alterius facultates irruere videatur, Rick. *d. l. §. 12. 14.* Hoc quoque notandum, quod quoties unicum saltem ex recensitis hisce requisitis deficit, unio prolium ob vitium in forma statim pro

pro nulla & invalida habeatur, de quo Gail. L. 2. *obf.* 125.
n. 7. & 8.

§. XLVI.

Videamus nunc, utrum in nostra unione prolium ex pactis dotalibus (quorum §. XXIX. mentionem fecimus) præsentia dicta requisita deprehendantur. Adparet vero ex summaria quadam facti specie in causa *der Vermünder von M. zu N. contra M.* typis excrypta, putativam illam unionem *mera privata autoritate nec constitutis tutoribus filia primi matrimonii* celebratam & sic per consequens ne minimum quidem, quod legitimam unionem prolium stabilire posset, observatum fuisse, quod in propatulo est, ac nulla probatione indiget. Neutra pars coram iudice comparuit, & proinde nec tutores à iudice constituti (quod tamen in casu præfenti opus fuisset,) nec unio decreto confirmari ac documentum desuper obtineri potuit. Ergo, quia omnia requisita hic deficiunt, multo minus iusta transigendi causa adsuit.

§. XLVII.

Sufficiant hæc de calu nostro, supra §. XXVII. *seq.* proposito. Redeamus jam ad thema generale, cujus intuitu illud adhuc pertractandum restat, sed paucis solum modo, quale remedium Juris minoribus, factum tutorum impugnare & non præstare volentibus, competat. Tuetur vero jus suum pupillus tali casu vel per modum *actionis*, si rem cujus intuitu læsus est, adversarius possidet, eamque sponte reddere recusat: vel ope *Exceptionis*, si ipse læsus adhuc in illius possessione constitutus deprehenditur.

§. XLVIII.

Quod si per modum *actionis* factum tutoris impugnat
pupil-

pupillus, duo ipsi leges indulgent beneficia: *Querelam* scilicet *Nullitatis & restitutionem in integrum* ex capite minorennitatis. Prior toties locum habet, quoties tutor aliquid neglexit, quod tamen in legibus ad formam negotii requiritur, quo pertinet famosus ille casus, cujus supra etiam in resolutione casus propositi mentionem injecimus, si tutor in alienatione bonorum immobilium (quo incorporalia immobilibus inhærentia etiam referuntur) decretum magistratus præviamque causæ cognitionem penitus neglexit, vid. L. 3. §. 13. ff. de Suspect. Tutor, verb. Tutores, qui res vetitas sine decreto distraxerunt, nihil quidem egisse. Formæ enim omisio ipsum annihilat actum & contractum, Mey. ad Jus Lubec. qu. 9. n. 4. it. Conf. 110. n. 30. Posterior autem tunc conceditur, quando negotium ipso quidem jure validum est, id est, quando omnia requisita adsunt, quæ ad formam negotii referuntur, sed nihilominus tamen pupillus contra æquitatem non modice læsus est, sive id dolo adversarii, sive facilitate ætatis ipsius pupilli acciderit, L. 1. pr. L. 11. §. 4. ff. de Minor. 25. ann. Prior, nempe querela nullitatis, est remedium ordinarium; Posterior autem, restitutio in integrum, extraordinarium, sive subsidiarium, ad quod non recurritur regulariter, quamdiu ordinarium adest. In causæ cognitione, inquit Ulpianus in L. 16. ff. de Minor. etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere, citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio & mero jure munitus sit, non debet id tribui extraordinarium auxilium. Ut puta, cum pupillo contractum est sine tutoris autoritate, nec locupletior factus est.

§. XLIX.

Cum itaque duo diversa hic pro pupillis seu minoribus se offerant remedia, non inutilis erit questio, quod-

quod nam ex his alteri sit præferendum? In cujus quæ-
 sionis resolutione ad hæc duo præcipue respiciendum
 erit, *difficultatem scilicet probandi & præscriptionis termi-
 num.* Utrobique vero querela nullitatis præ restitutione
 in integrum aliquid præcipui habet, scilicet restitutioni
 in integrum non aliter locus est, quam si quis probat,
 se ab adversario non modice esse læsum, *L. 9. §. 4 ff. de
 probat.*, quæ probatio admodum difficilis, cum læsio non
 præsumatur; E contrario autem in querela nullitatis
 ejusmodi læsionis probatione non est opus, sufficit enim
 ibi, quod nullitas doceri possit, *vid. Dn. Præl. Us. Pract.
 Distinct. Jurid. ad tit. ff. de Minor. dist. 1.* Ex negotio nullo
 enim nulla etiam oritur obligatio ad servandum con-
 tractum. Porro quantum ad præscriptionis terminum
 attinet, tenendum est, minores, si jus suum amissum via
 restitutionis in judicio persequi velint, intra spatium
 anni utilis seu quadriennii continui *L. fin. C. de tempor. in
 integr. restit.* ab adeptâ majorennitate computandi, *Illustr.
 Dn. Stryk. de Act. Forens. invest. sect. 3. axiom. 2. §. 9.* cor-
 ram judice comparere debere, quod tempus de momen-
 to in momentum currit, *L. 3. §. 3. ff. de Minor.* ita, ut ipsa
 hora, qua quis natus est, spectetur, *Struv. S. J. C. Exerc.
 XIX. tit. 42.* Quod si vero ex capite nullitatis experiri
 velint pupilli vel minores, tum, licet majores facti, &
 intra quadriennium restitutio non sit petita, nihilominus
 adhuc omne, quod in ipsorum præjudicium factum aut
 commissum, impugnare possunt, cum hac tamen distin-
 ctione, ut si res pupilli forsan ex titulo *oneroso* in tertium
 translata, intra quinquennium, sin ex *lucrativo*, intra de-
 cennium, vel vicennium ab adira hereditate computan-
 dum, querela nullitatis institui possit, *L. f. C. si quis ignor.
 Struv. S. J. C. Exerc. 31. thes. 86.* in eo tamen utrumque reme-
 di-

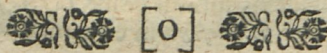
40 DISSERT. JURID. DE FACTO TUTORUM &C.
medium convenit, quod ad heredes pupilli transmitta-
tur.

§. L.

Potuissemus adhuc nonnulla hoc loco non discon-
venientia in medium proferre; Verum cum id temporis
& instituti nostri ratio non permittat, finem huic dis-
putationi imponimus & Deo T. O. M. ex intimis cordis
penetralibus agimus grates, quod nobis hac in re im-
mensa sua gratia clementer adesse voluerit. Interim
tu B. L. accipe hasce theses magis propositas, quam e-
laboratas, ventilationi tamen forsitan haud insuffici-
entes & fave.

ADDITAMENTA.

- I. Pœna laquei in crimine furti non est simpliciter injusta.
- II. Quamvis usuræ in Jure Canon male audiant, earum ta-
men turpitudine nec ex jure Naturæ nec ex jure Divino revelare
universali deduci potest.
- III. In donatione remuneratoria donans ad præstandam evi-
sionem non tenetur.
- IV. Judæus etiam pupilli Christiani tutor fieri potest.
- V. Meram superstitionem sapit, quod res sacræ nonnisi ob
summam necessitatem alienari possint.
- VI. Leges, magistratus & parentes inepte à nonnullis DD.
ad sanctas referuntur.
- VII. Irrationabilis videtur esse pœna, quando post divortium
parti nocenti cœlibatus injungitur.
- VIII. Jus gentium non est in rerum natura.
- IX. Consuetudo, qua uxore maritis certam & quidem exi-
guam afferunt dotem, est laude dignissima.
- X. Sententia Conringii, quod mariti in aciem procedente
uxores suas secum circumducere debeant, est æquisima.



ULB Halle

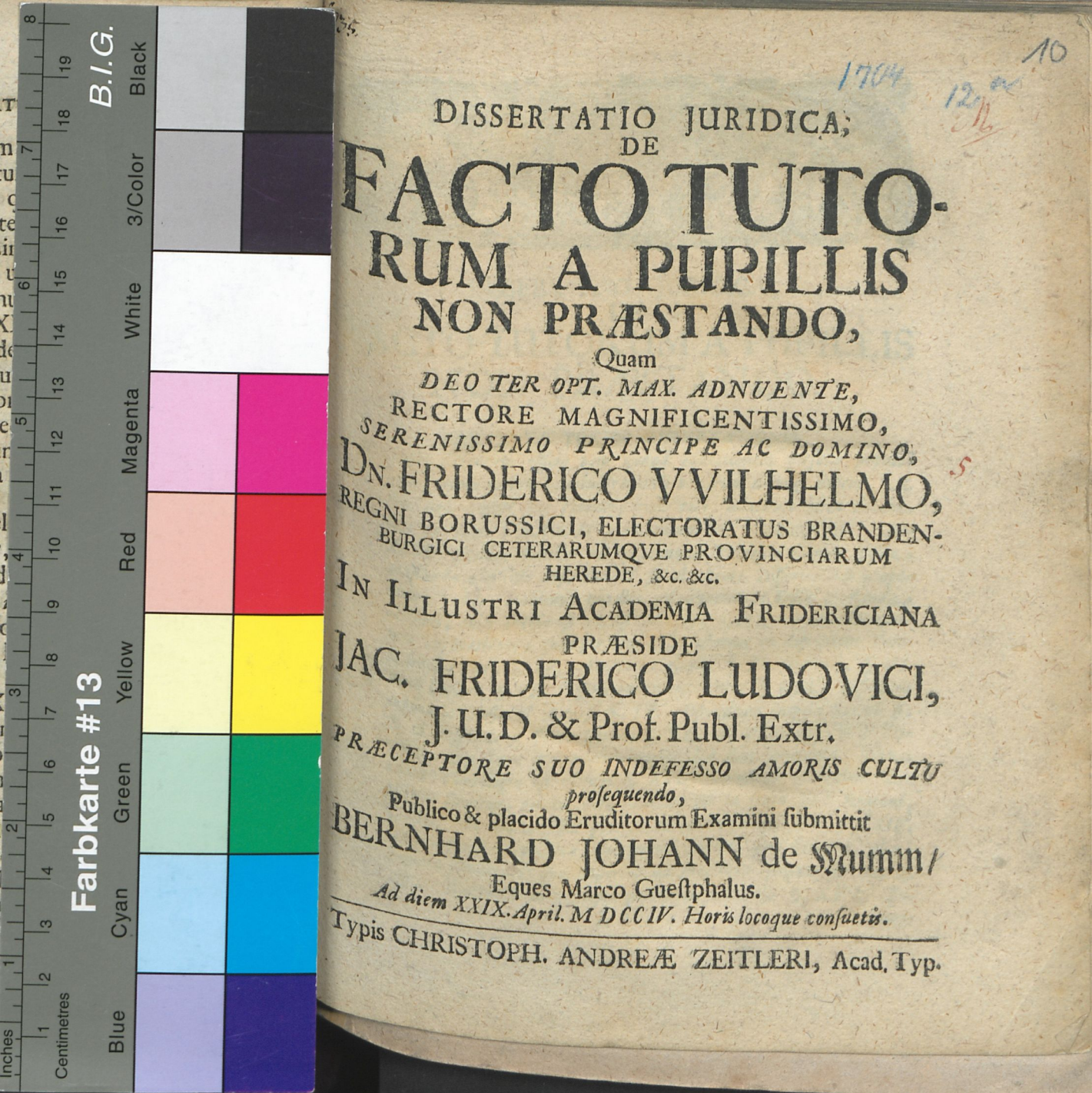
3

001 871 366



56





1704
12
10

DISSERTATIO JURIDICA;
DE

FACTO TUTORUM A PUPILLIS NON PRÆSTANDO,

Quam

DEO TER OPT. MAX. ADNUENTE,
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDERICO VVILHELMO,
REGNI BORUSSICI, ELECTORATUS BRANDENBURGICI CETERARUMQUE PROVINCIARUM
HEREDE, &c. &c.

IN ILLUSTRIS ACADEMIA FRIDERICIANA
PRÆSIDE
JAC. FRIDERICO LUDOVICI,
J. U. D. & Prof. Publ. Extr.

PRÆCEPTORE SUO INDEFESSO AMORIS CULTU
prosequendo,
Publico & placido Eruditorum Examine submittit
BERNHARD JOHANN de Mumm/
Eques Marco Guestphalus.

Ad diem XXIX. April. M DCC IV. Horis locoque consuetis.

Typis CHRISTOPH. ANDREÆ ZEITLERI, Acad. Typ.