



DISSERTATIO INAUGURALIS,
De
**CULPA AB HEREDI-
BUS TUTORUM
PRÆSTANDA,**

21
1701,446

Quam
**RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDERICO WILHELMO,
REGNI BORUSSIACI HEREDE, &c. &c. &c.
IN ALMA FRIDERICIANA,**

PRÆSIDE
**D. CHRISTIANO THOMASIO, Jcto,
S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILIARIO, ET PROF. PUBL.
AC FACULT. JURID. h. t. DECANO,**

PRO LICENTIA
Summos in utroque Jure honores & privile-
gia Doctoralia obtinendi

*ad. d. 29. Junii Anni M DCC I. Horis ante. & Pomeridianis
Solenniter proponet*

**CHRISTIANUS GOTTLOB STEMPEL,
Budiss.**

HALLÆ. Typis CHRISTOPHORI SALFELDII, Typogr. Reg. Boruss.

(XVIII B)



DISSERTATIO IN IURIS

DE
CUIUS AB HEREDI-
BUS TUTORUM
PRÆSTANDA

RECTORIS MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPIS AC DOMINI,
DNI. FRIDERICI WILHELMI,
REGNI BORUSSIAE HEREDI, &c. &c.
IN ALMA FRIDERICIANA

DR. CHRISTIANO THOMASIO,
REG. MAJ. ROSS. CONSILIARI, ET PROF. PUBL.
AC RECTORI JURID. R. DECANO,

PRO LICENTIA
SUMMOS IN UTROQUE IURE HONORES & PRIVILE-
gia Doctoris obtinendi

CHRISTIANUS GOTTLIEB STEMBEL,
Bibli

HALLE. Typis CHRISTOPHORI SALZMANNI, Typogr. Reg. Boruss.





DISPUTATIONIS
 De
 Culpa ab heredibus tutorum
 praestanda
 SUMMARIA.

Occasio disputationis. Queritur quam ratio communis doctrina, quod heredes tutorum teneantur tantum de culpa lata? §. I. Lectio interpretum lectorem magis reddidit dubium. §. II. Dubium inde ortum, an doctrina illa sit vera? §. III. Inspeculis absque praedictio legibus inventum, esse falsam; simul inventa erroris origine §. IV. Methodus dicendorum. §. V. I. Exhibitio textuum ea de re disponentium, cum observationibus extemperaneis, scil. Pauli l. 49. de O. & A. §. VI. & l. 8. de fidej. tut. §. VII. Ulpiani l. 157. §. 2. de R. I. §. VIII. L. 4. pr. & §. 1. de fidej. tut. §. IX. l. 4. de magistr. conven. §. X. l. 6. cod. §. XI. Pomponii l. 1. de fidej. tut. §. XII. Imperatorum, Severi & Antonini l. 1. C. de hered. tut. §. XIII. solius Antonini l. 2. C. eod. §. XIV. & l. 3. cod. §. XV. Alexandri l. ult. C. eod. §. XVI. & l. 2. C. de magistr. conven. §. XVII. Diocletiani & Maxim. in l. 17. C. de negot. gest. §. XVIII.

A 2

II, Opi-

II. Opiniones Doctorum cum stricturis: videlicet Glossa
 & Glossatorum ex Bachovio, §. XIX, Cujacii, ex l. 13.
 Obs. 39. statuentis heredes tutoris non teneri de lata cul-
 pa ejus, & corrigentis textus in l. 1. C. de hered. tut. &
 l. 2. C. de Magistr. conv. §. XX. XXI. Ejusdem Cujacii
 ex lib. 21. observ. 2. aliquo modo primum errorem corri-
 gentis, sed permutantis tamen cum errore graviore. §.
 XXII. XXIII. Hotomanni ex lib. 12. obs. 22. misere tor-
 quentis l. 157. d. R. I. §. XXIV. eamque torturam inferre
 conantis doctrina de heredibus tutorum, §. XXV. neque
 adeo exacte refutantis Cujacium. §. XXVI. Antonii
 Fabri ex lib. 1. conj. 12. in refutatione Cujacii communem
 errantis errorem §. XXVII. XXVIII. XXIX. Bacho-
 vii ex notis ad Treutl. V. 2. d. 9. th. s. lit. d. e. noviter do-
 centis, heredes tutoris tum teneri de levi ejus culpa, si
 is simul commiserit latam, §. XXX, refutati propterea
 ab Hubero §. XXXI. Wiffenbachii, §. XXXII. alio-
 rumque, item B. Brunnemanni Godofredum in explicati-
 one l. 1. ff. h. t. recte notantis §. XXXIII. XXXIV. pra-
 judicium Jciorum Lipsiensium ex Carpozovio pro com-
 muni sententia, §. XXXV. III. Periphrases Legum, ge-
 nuinum earum sensum contra communem opinionem
 ostendentes, §. XXXVI, videlicet periphrasis Legis ult.
 de fidej. tut. §. XXXVII. Legis 4. pr. & §. 1. eod. tit. §.
 XXXVIII. Legis 1. eodem §. XXXIX. Legis 4. de ma-
 gistr. conven. §. XL. Legis 6. eod. §. XLI. Legis 1. Cod.
 de hered. tut. §. XLII. Legis 2. Cod. eod. §. XLIII. Legis
 3. C. eod. §. XLIV. Legis 4. Cod. eod. §. XLV. Legis 17.
 Cod. de negot. gest. §. XLVI. VI. Fundamenta quibus
 in periphrasibus usi sumus. (1) differentiam insignem esse
 inter

TUTORUM PRÆSTANDA.

inter actionem tutela & de magistratibus conveniendis
intuitu heredum, nec ab una ad alteram esse argumentan-
dum §. XLVII. (2) Nullam rationem esse, cur heredes
tutorum non debeant præstare culpam levem defuncto-
rum, & ridiculum esse, leges in dubio ita explicare velle,
ut nulla ratio dari possit. §. XLIIIX. (3.) Rationes pe-
culiariæ cur heredes magistratum non teneantur de
culpa ipsorum. §. L. XLIX. Opinioni nostræ obesse effi-
caciter præxin. §. L.

§. I.



Volent Candidati selectam materiam

quærere, in qua, dum Specimen inaugurale
edere volunt, ingenii vires exerçant. Mihi
festinanti & temporis penuria impedito, tale
thema eligendum fuit, quod non vulgare qui-
dem esset, sed quod etiam non diuturnas &
diffusas meditationes requireret. Audivi
autem, talia themata non diu quærenda esse, sed ita repletam esse
Jurisprudentiam nostram assertionibus falsis aut dubiis, quam-
vis communibus, ut post nongentos nonaginta novem commen-
tarios in institutiones & pandectas vel in singulis titulis multa
occurrant, quæ quis contra vulgares explicationes non vulga-
riter differere possit. Incidi igitur in ritulos ff. & Cod. de heredibus
tutorum, & miratus sum, qui factum sit, ut secundum commu-
nem doctrinam heredes tutorum actione tutelæ conventi non
eandem culpam præstent, quam præstant ipsi tutores, cum ta-
men secundum regulam juris, & ratione aperta. (quod heres
succedat in universum jus & onera defuncti,) subnixam, & per-
spicuo textu l. 2. §. 2. de V. O. fundatam, ex persona heredum
conditio obligationis non debeat immutari.

§. II.

Cum itaque Jurisprudentia nostra, quatenus sana est, de-
beat

beat simul rationalis esse, & indicium supinae ignorantiae sit, si JCtus in reddendis rationibus legum recurrat mox ad famosam legem *non omnium ff. d. LL*, exacta diligentia inquisivi apud Dd, quamnam sit ratio hujus exceptionis à Regula. Sed dum id ago, & Autorem cum Autore, ac leges ab ipsis allegatis cum legibus confero, magis dubius à lectione recessi, quam accesseram, ita nihil solidi proferunt, sed saepius aperte falsa asserunt, ita plerumque dubia gravissima vel praeterunt, vel superficialia diligentia resolvunt, ita denique aliquando aperte facis ad auctoritates, quarum apud JCtos cordatos nulla debet esse auctoritas, provocant.

§. III.

Hic igitur vitio mihi nemo vertet, quod in mentem venerit; Forte assertio ista ad errores pragmaticorum, aut si mavis interpretum pertinet: Forte hic nulla est exceptio, sed regula ista rationalis etiam in actione tutelae obtinet. Forte antiquus aliquis interpret errorum commisit in explicatione textus, quem postea communis Doctorum schola solito more ut ducem caecum incaute secuta est: Cogitavi tamen simul: Forte etiam tu, dum hac cogitas, errorem committis; forte stupiditas tua in causa est, ut subtilitas distinctionum quibus Doctores in tractanda hac quaestione utuntur, captum intellectus tui superet. Nam quis tu es, qui audes, tot viris eminentibus & famigeratissimis contradicere, qui putas, quod tuus oculis mentis plus videat quam tot oculi acutissimi & Lyncei: Sed cogitavi etiam, quandoque ut Latini loqui amant, olitorem esse verba opportuna locutum.

§. IV.

Igitur ut me liberarem à cogitationibus memet hinc inde sapientibus, descripsi leges singulas de hac quaestione vel diserte agentes, vel eandem illustrantes, ut uno quasi conspectu perspicere potuerim, an unanimis JCtorum & Imperatorum de ea fuerit sententia, aut an forte JCti pro diversitate Sectarum vel pro libertate sua circa easdem differant, aut an forte sententia JCtorum in Codice ab imperatoribus fuerit correctae, ut adeo in-
terpre-

terpretes primavi, inaniter persuasi, nullas dari in jure Justiniano Antinomias, distinctionibus suis subtiliter excogitatis; crucem sibi & aliis fixerint, & ita rem in se planam & perspicuam inepta hac methodo & irrationali obscuram reddiderint, aut ex quo alio fonte dissensus ille & difficultates emerferint. Inspeci leges; deprehendi, eas dilucide secundum regulas bonæ interpretationis nihil aliud asserere, quam, *quod eandem culpam, quam tutor ipse conventus præstare debeat, præstare etiam teneantur heredes, tanquam heredes ex factio tutoris conventi, quod si vero ex factio proprio conventantur, præstent saltem dolum & culpam latam.* Ut adeo miratus fuerim, quo pacto Doctores in re re tam plana in devia quoad primam propositionis partem venire potuerint. Inspeci iterum contuli cum legibus, inveni fundamentum omnis erroris inde provenisse, quod primi Glossatores in lege quadam Codicis putaverint clare invenisse, quod tamen ab interpretibus, sensu communi utentibus, & leges legibus comparantibus, ibi nullo modo inveniri potest. Scilicet quod putaverint textum loqui de heredibus tutorum ex factio tutorum conventis, cum tamen Imperatori id nequaquam venerit in mentem. Quo absurdo semel admissio & autoritate Glossatorum ad posteros propagato, putarunt etiam postea viri de emendanda & purganda à sordibus Glossatorum Jurisprudencia alias maxime, & sæpe nimis, solliciti, textus reliquos veriore sententiam plusquam semel inculcantes, ex ista falso exposita lege Codicis esse exponendas, & vel contortis quibuscumque explicationibus eidem aptandos.

§. V.

Hoc pacto vero non opus erit, ut sollicitus sim, de methodo, qua in præfenti disputatione utar. Credo enim, nihil tam naturale esse in demonstrandis erroribus & reductione in viam regiam, quam si illis, qui in iisdem deviis sunt constituti, monstremus eandem rationem & viam, qua nos ex errore sumus liberati. Istud autem commodissime fiet, si sic me geram, ut primo ipsos textus Juris huc apponam, additis interim observationibus quibusdam extemporaneis iisque brevissimis, tum ut excerpam varias

rias diffensiones interpretum, iisque statim Judicium breve vel subjungam vel interspergam; inde vero ut genuinum intellectum legum brevi periphrasi includam, ac denique ut brevibus positionibus rationem periphraseos meæ tradam.

§. VI.

Incipiam autem à JCTis, quorum meditationes in Pandectis referuntur. Ubi deprehendo statim, quod Paulus lib. 18. ad Plautium in l. 49. de O. & A. ita disserat: *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda defecerit, aut is apud quem depositum est.* Ex qua lege statim quasi obiter observo, inter veteres JCTos forte dubitatum fuisse, an tutela actio ratione doli à defuncto tutore commissi ad heredes transeat. De culpa levi primario non subsiisse dubitandi rationem.

§. VII.

Ejusdem Pauli est l. 8. de fidejuss. tutorum ex lib. 9. Responsum: *Heredes ejus, qui non jure tutor vel curator datus, administrationi se immiscuit, dolum & culpam prestare non debere.* Paulus respondit, tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non invenisse. Nam cum ex omnibus bonæ fidei judiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum & in tutela actione. Sed constitutionibus subventum est ignorantia heredum, Hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur: non si lite contestata tutor decesserit. Nam litis contestatione & penales actiones transmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur. Hic noto, ex verbis: *tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit,* Paulum nihil aliud velle videri, quam quod actio tutelæ secundum regulam §. 1. memoratam cum omnibus qualitatibus etiam intuitu culpæ ad heredes transmittatur.

§. IIX.

Pergo nunc ad Ulpianum; atque hunc deprehendo in omnibus cum Paulo convenire, etsi ab aliis passim sit ostensum, Paulum
& Ul-

& Ulpianum sapissime dissentire, tanquam in auditorio Papiniani valde æmulos. Etenim Ulpianus eandem regulam, in quâ Paulus exempli loco tutelæ actionem referebat, inculcat *lib. 71. ad Edictum* collocatam in l. 157. §. 2. de R. I. In contrahentibus, aut, successores ex dolo eorum quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquisque pro ea parte, quæ heres est; Sed cum Ulpianus hic nullam mentionem faciat tutelæ, inquiri propiores textus,

§. IX.

Hic autem mox se offert l. 4. pr. & §. 1. ff. de fidejussor. & nom. desumpta ex Ulpiani *lib. 36. ad Edictum*. Cum ostendimus, inquit, heredem quoque tutelæ iudicio posse conveniri: videndum an etiam proprius ejus dolo vel propria administratio veniat in iudicium, & extat Servii sententia existimantis, si post mortem tutoris, heres ejus negotia pupilli gerere perseveraverit, aut in area tutoris pupilli pecuniam invenerit & consumserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit, tutelæ iudicio cum teneri suo nomine. Nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo jurare in licem, apparet eum iudicio tutelæ teneri ex dolo proprio. Negligentia planè propria heredi non imputabitur. Ex illa lege observo, Ulpianum quasi indubitatum supponere, quod actio tutelæ eodem modo adversus heredes datur, quæ data fuit in tutores, & saltem quæstionem illam ventilare tanquam dubiam, quomodo conveniatur heres ex facto proprio. Neque præsumendum est, si forte in præcedentibus Ulpianus peculiare quid circa heredes ex facto tutoris conventos in actione tutelæ observasset, id omisurum fuisse Tribonianum tanquam observationem maxime ad præsentem titulum pertinentem.

§. X.

Deprehendo etiam alios Ulpiani textus huc pertinentes in titulo de Magistrat. conven. Ita enim *lib. 3. Disputationum* in l. 4. d. 1. comparat heredes tutorum & magistratuum. Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur. Nam nec heres tutoris negligentie nomine tenetur, nam magistratus quidem in omne periculum

B

succe-

succedit: heres ipsius dolo proxima culpa succedaneus est. Hanc legem si cum ea, quam præcedente paragrapho retuli, confero, statim observo, nullam causam esse, ut verba Ulpiani hic posita: Nam nec heres tutoris negligentie nomine tenetur, exponam de herede ex facto tutoris convento, sed potius de herede convento ex facto proprio ob verba ibi relata: Negligentia plane propria heredi non imputabitur.

§. XI.

Alter textus est in *in l. 6. cod. ex Ulpiani lib. 1. ad Edictum. Quod ad heredem magistratus pertinet: extat Divi Pii rescriptum, causa cognita debere dari actionem, nam magistratus si tanta fuit negligentia, ut omnem cautionem omittaret: equum est, haberi eum loco fidejussoris, ut heres ejus teneatur, si vero cavuit & tunc idonei fuerunt, & postea desierunt, sicut & ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, imo & heres multo justius. Novissime non alias ait in heredem actionem dandam, quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fidejussoribus conturbant. Ex hac lege jam saltem in genere noto: Etsi in præcedenti lege Ulpianus heredes tutoris & heredes magistratus compareret, comparisonem tamen non esse omnimodam, sed hanc legem ostendere, dubitatum fuisse inter JCtos an actio contra magistratus plane danda sit contra heredes eorum, qualis dubitatio in negativam inclinans nunquam fuit aut commode esse potuit circa quæstionem, an actio tutelæ danda sit contra heredes. Rationem vero dubitandi in illo casu non fuisse plane ridiculam exinde conjectari licet, quod opus fuerit rescripto Divi Pii, ut secta quæstionem affirmans, negantem vinceret, cum contra secundum legem Pauli §. 7. adscriptam in quæstione de heredibus tutorum rescripto opus fuerit in liberandis heredibus tutorum, si negligentia propria damnum pupillo dederint. Igitur hic locus notandus erit, ut infra suo loco inquiramus in rationem illam dubitandi, quæ negavit, heredes magistratum non esse conveniendos.*

§. XII.

Restat adhuc una lex in titulo *de fidejuss. & nom.* eaque in ordine

dine i. exscripta ex Pomponii Lib. 17. ad Sabinum. *Quamvis, inquit, heres tutoris tutor non est, tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitima ætatis & masculus sit, explicari debent, in quibus dolus ejus admitti potest. Quod penes tutorem fuit, heres quoque ejus reddere debet. Quod apud pupillum is reliquerit, si heres capit, non quidem crimine caret, sed extra tutelam est utili actione hoc reddere compellitur.* Hic video saltem agi de dolo ab hærede ex facto proprio præstando, ergo ex hac lege nihil exculpi posse pro communi sententia, quod heres saltem dolum tutoris, non vero culpam levem præstare teneatur.

§. XIII.

Pergo ad textus *Codicis*. Hic in titulo *de heredibus tutorum lege 1.* Imperatores Severus & Antoninus ad Fulcanum scripserunt. *Heredes tutorum ob negligentiam, quæ non late culpe comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem suum inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia præstitum sit.* Hic noto, verba generaliter posita esse, adeoque dubium remanere, an Imperatores loquantur de herede ut herede convento, an de herede convento ex administratione propria. Sed cum tamen leges Pandectarum & doctrina ibi posita nullam rationem mihi suppeditet, cur suspicer, Imperatores loqui de priori casu, contra, si de eo explicem hanc legem, leges pandectarum torquentur sint, ut cum hac lege concilientur, inde infero, legibus bonæ interpretationis repugnare, si non legem intelligam de actione contra heredem administrantem tutelam instituta, & simul cognosco fontem omnem tricarum ab interpretibus formatarum deberi neglectui simplicis, planæ, & non subtilis aut difficilis observationis.

§. XIV.

Lege 2. eod. Imperator Antoninus duobus fratribus Valentino & Materno rescripsit: Pater vester tutor vel curator datus, si se non excusavit, non ideo vos minus heredes ejus tutelæ vel utili judicio conveniri potestis, quod eam tutelam seu curam non administrasse dicitis, nam & cessationis ratio reddenda est. Prius tamen propter actum suum eos conveniendos esse, qui administraverunt. Hic noto, quem-

admodum supra in §. 7. Paulus non obscure assererat, iudicia tutelæ eodem modo in heredes transmitti, quo dabantur adversus tutorem defunctum, ita & hic Imperatorem innuere, heredes etiam de negligentia & culpa defuncti debere respondere, dum in genere eos jubet, quod debeant rationes reddere cessationis.

§. XV.

Lex 3. eod. quæ ejusdem Imperatoris est, nil quidem habet, quod pro nostra sententia novum argumentum præbeat, sed nihil tamen habet etiam, quod faveat sententiæ adversæ. *Adversus heredes, ait, quondam tutoris tui tutelæ actione consistit. In iudicium autem veniet etiam id, quod tibi tutor ex causa fideiussionis debuit.*

§. XVI.

Magis pro nostra sententia videtur facere *lex ultima eod.* in qua Imperator Alexander Frontino respondit: *Heredes eorum, qui tutelam vel curam administraverunt, si quid ad eos ex re pupilli vel adulti pervenerit, restituere coguntur. In eo etiam, quod tutor vel curator administrare debuit, nec administravit, rationem eos reddere debere, non est ambigendum.* Dum enim dicunt, nullum dubium esse, heredes debere reddere rationem negligentiam tutoris defuncti, neque tamen negligentiam distinguunt, indicium verosimile id est, de nulla negligentia à tutore commissa esse ambigendum.

§. XVII.

Disposuit equidem idem Imperator Alexander in *l. 2. C. de magistrat. conven.* etiam aliquid de heredibus Magistratum: *In heredes, inquit, magistratus, cujus non lata culpa idonee cautum pupillo non est, non solet actio dari.* Sed cum hic plane nihil dicatur de heredibus tutorum, nihil etiam inde observamus, & imo plane hunc textum omissemus, nisi idem etiam ab interpretibus in discussione quæstionis nostræ quandoque solet afferri & præterea etiam aliquo modo illustraret textus Ulpiani §. 10. & 11. relatos.

§. XVIII.

Solet etiam ex titulis Codicis *de negotiis gestis l. 17.* quæ Diocletiani & Maximiani est in quæstione præsentis à Doctores allegari, quam & ipsam apponemus: *Curatoris etiam successores, negotiorum gestio-*

gestorum utili conventos actione tam dolum quam talem culpam præstare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adultæ potestatem habere convenit. Hic observo, etsi verba admittant, ut hic textus tam de heredibus curatoris ex factio curatoris conventis, quam de iis, qui ex gestione propria conveniuntur, exponatur, nullam tamen rationem urgere, cur prior explicatio præferatur posteriori, præprimis cum posteriorem svadeat, quod de officio administrationis non transeunte statim additur.

§. XIX.

Pergo ad Interpretes (*vide §. 5.*) ex quibus saltem potiores afferre liceat, & ad quos reliqui fere provocant, aut eos cæco impetu sequuntur. Et hic quidem uti conveniens est, ante omnia originem opinionis communis in Glossatoribus quarere, ita ne magnum laborem ea in re adhibeamus, otium nobis fecit Bachovius ad Treutlerum, Vol. II. Disput. 9. th. 5. lit. d. e. p. m. 491. qui in summam contraxit opinionem Glossatorum. *Hæc sententia*, inquit, quod ex levi culpa tutorum heredes non teneantur, procul dubio est communis, quoniam hoc tanquam certum ab Accurs. Bart. Bald. Salicet. ad d. l. i. C. de hered. tutor. annotatum reperitur. Et notat hoc idem Salicet. in §. ex l. cum tutoris 17. C. de neg. gest. n. 2. ubi ait, hoc esse mirabile, quod que contra defunctum competebat pro lata & levi culpa contra heredem pro levi culpa defuncti intentari non possit: & Cyn. ibid. in Pr. ait esse speciale in quasi contractu tutela: & idem ibid. notat Castrensis. Adde Carpzov. Part. II. Const. XI. def. 35. Hic saltem illud noto, Saliceto id non solum videri peculiare, sed mirabile. Miramur vero ea, quarum causas ignoramus, adeoque Glossatores nullam causam doctrinæ communis dare potuerunt, sed retulerunt eam ad casus legis non omnium ff. de LL.

§. XX.

Duravit hic consensus interpretum usque ad tempora Cujacii, qui primus circa expositionem l. i. C. de hered. tut. quid innovare tentavit, quod etsi satis infeliciter ipsi cesserit, cum tamen fere solus sit, qui opinioni communi contradixerit, opus erit, ut

ejus locum demus integrum, interspersis tamen mox observationibus nostris. *Astio* ait, l. 13. *Observ. c. 39. aut ex delicto nascitur, aut ex contractu.* Scio esse vulgatum: actione ex delicto defuncti, heredem in solidum non teneri, ex contractu teneri, licet in ea delictum veretur, veluti dolo malus aut lata culpa. (Ego vero scio, hoc non esse vulgarem opinionem Doctorum, sed fundari in claris textibus supra §. 6. & 8. descriptis, quos videretur tum temporis ignorasse Cujacius, quia ad eos hic plane non respondet. Igitur habuit pro errore interpretum.) Sed repugnare l. 1. C. de hered. tut. si modo de empta negatione in ea sicut est in Basilicis legus hoc modo. *Heredes tutorum ob negligentiam, quae lata culpa comparari possit, condemnari non oportet.* Basilica, τὰς κληρονομίας τῶν ἐπιτρόπων ἀπὸ μεγάλης αἰσθησίας ἔργοσιν καὶ ἀδικαίαις. Et sane ita legendum est omnino, nam heres si ex contractu defuncti tenetur, & ex ea causa tenetur qua defunctus tenebatur, ergo ex levi culpa. (Hoc vero ergo non concludit, Defunctus enim tenebatur etiam ex contractu de dolo.) quod indicat l. 4. D. de fidej. tut. dum ait negligentiam propriam id est culpam levem heredis propriam heredi non imputari πρὸς διαστολήν scilicet negligentiam defuncti, quae heredi imputatur. (Ita quidem est, sed id non probat intentionem Cujacii. Non sequitur: Heres tutoris tenetur de levi culpa tutoris, ergo non de ejus dolo. Prius Cujacio concedo ejusque causam hac in disputatione ago, sed nego consequentiam.) Et in l. 4. D. de mag. conven. de negligentia heredis propria agitur, dum ait heredem esse in tutorem quam in heredem tutoris actionem, id est tutori imputari negligentiam suam, heredi tutoris non imputari negligentiam suam. (Hoc iterum recte sensit Cujacius, & in hoc puncto ejus causam hic agemus. Sed negamus rursus, inde inferri, heredem tutoris de dolo tutoris non teneri.) Sed quia in ea lege heres tutoris comparatur heredi magistratus, (Quid si dicamus, non comparari? sed saltem Ulpianum instantiam dare voluisse tacite objectioni: actiones contra heredes eodem modo dari, uti contra defun-

ctos?

Etos? Aliud enim est dare instantiam, aliud, argumentari à pari. Illud officium respondentis est, vel excipientis, hoc opponentis, vel probantis. Imò quid si dicamus; comparationem esse valde generalem & remotam, neque huc extentendam, quorsum extendit Cujacius.) & heredem magistratus proditum est non teneri ex culpa defuncti non magna, non lata l. 2. C. cod. videtur ergo nec ex sua nec ex defuncti culpa levi heredem tutoris teneri, nisi & negationem suaveris ab ea l. 2. C. de hered. tut. eadem enim ubique tollenda ejus ratio subest. (Et quia ostendimus priorem rationem esse frivolum simul ostendimus & hanc talem esse.)

§. XXI.

Pergit Cujacius ibid; Et secundum hac tentari potest (sed postquam precedentia rejecimus, non opus est, ut de hoc tentamine valde finis solliciti,) ex dolo aut lata culpa defuncti heredem non teneri, licet actio veniat ex contractu & rei persecutione, id est non ex quolibet dolo, non ex qualibet lata culpa, nisi ut est in d. l. 1. lucrum ex damno ejus, quocum contraxit defunctus, captaverit, licet id non pervenerit ad heredem, (Forte igitur cogitavit Cujacius de l. 157. §. 2. de R. I. tanquam sibi obstante, quia his verbis, et si satis obscure, videtur conciliare voluisse sententiam suam cum illa lege,) & nisi lucrum ex ejusdem damno gentia duliis alii præsiterit. Exceptiones duae sunt, una doli exemplum continet, alteri lata culpa l. si procuratorem §. ult. mand. Ergo propositio ejus legis esse debet de dolo, aut lata culpa defuncti: (Hic itaque Cujacius sibi passus est imponi à communi Glossatorum sententia. Si legem intellexisset de culpa heredis propria, non cogitasset de corrigendo textu.) qua inspectio satis per se sola demonstrat, ab eo lege eradendam esse negationem. Quod si in ea est eradenda & in d. l. 2. igitur & quod vulgatum dixi initio, illa duntaxat casibus locum habet, cum lucrum ex damno alieno captatum aut gentia præsiterit, non ex qualibet causa doli aut magna culpa defuncti, nisi cum eo lis fuerit contestata. Et hoc est, (Imo plane aliud est. Ibi enim Imperator respexit ad actionem depositi miserabilis. l. 1. §. 1. depositi) quod dicitur in Institutionibus tit. de perpet. & temp. act. aliquando ex contractu actionem in heredem non dari, veluti

(A)



(At hoc veluti exulare debere, etiã secundum observationes ipsius Cujacii jam notavit Gothofredus ad h. l.) cum testator dolose versatus sit & ad heredem ejus nihil ex dolo eo pervenit.

§. XXII.

Cum ergo ut notavimus ista Cujacii parum cohererent, accidit ut vel ex notatione Hotomanni, quam mox dabimus, vel aliunde admonitus ipse postea suam sententiam mutaret, quem & ipsum locum, cum errorem hic errore saltem mutaverit, & noviter impegerit J. C. ut alias excellens exhibebimus integrum: *Quod scripsi, dicit, lib. 21. obs. 2. ex l. 1. C. de hered. tut. non ex quolibet dolo vel lata culpa tutorum, heredes eorum teneri tutela actione tutoribus mortuis ante litem contestatam, sed ex dolo tantum, quo spoliis pupilli tutores suas, vel aliorum per gratiam auxerunt facultates, perissimum esse adfirmo, (Ego vero adhuc dum affirmo esse falsissimum, non solum propter textus §. 6. & 8. descriptos, sed & propter l. 121. §. ult. de V. O.) ea tamen lege & conditione, ut propter auctoritatem Basilianã, forte eo loco non castigatorum nihil mutetur vel detrahatur l. 1. C. de hered. tut. nam quod ait, heredes tutorum non teneri ex non lata culpa, id est, ex levi, etiam verum esse confirmat l. 4. de magistr. conveniendis, quæ heredem tutoris ait, non teneri negligentia nomine quod est non esse succedaneum culpa levis ipsius tutoris. Nec enim de culpa heredis propria ea verba intelligi possunt, cum is heres tutoris in ea lege comparetur (Hanc rationem falsam esse aut nihil inferre, ostendimus jam §. 19.) heredi magistratus, qui per fraudem pupillo tutorem dedit, cui quidem magistratus heredi nec dicit aut dicere potuit propriam culpam non imputari, quæ nulla in eo existere potest, sed ut heredi magistratus dicit culpam ipsius magistratus dolo proximam, id est, latam culpam imputari, non culpam non latam, tunc consequens (Non est consequens per modo dicta, & quæ ulterius infra dicentur in ostendendâ differentia inter actionem tutelæ, & de magistratibus conveniendis, quando de heredibus eorũ sermo est.) huic comparationi & consequentaneum est ut dicat heredem quoque tutoris ob non latam ipsius tutoris culpam, id est ob levem tutoris culpam non teneri, sed ob latam tantum ut d. l. 1. Denique tutorem vel magistratum, omne periculum, omnem culpam præsta-*

præstare, heredem succedere tantum in latam culpam eorum, non in levem. Et ita de herede magistratus aperte scriptum est in l. 2. C. de mag. conven. à qua detrahenda negationis, quia nullum autorem habemus certum, nec detrahimus igitur, maxime cum quia & quasi penalis ea actio est (H. e. non ex contractu Magistratus vel quasi contractu, sed ex delicto vel quasi descendens. Atqui hæc observatio debebat ostendere Cujacio, male, ubi de heredibus agitur, comparari actionem tutelæ, & de magistratibus conveniendis.) l. ult. D. eod. justum videatur, non dari eam temere in heredem magistratus, qui tutorem dedit & omisit cautionem, Rem pupilli salvam fore, sed causa cognita, sicut nec temere datur in heredem magistratus, qui non curavit postulanti cavere damni infecti, ad quam speciem proprie pertinere l. 6. D. cod. inscriptio probat, adhibita l. 4. §. in eum & §. ult. de damn. inf.

§. XXIII.

Pergit: Exemplo (At modo dicta ostendunt, ea quæ in d. l. 1. de herede tutoris dicuntur, non dici exemplo heredis magistratus) igitur heredis Magistratus recte ait d. l. 1. & heredem tutoris ob culpam non latam, id est ob levem culpam tutoris non teneri, si lis non sit contestata cum tutore. Nam post litem contestatam etiam levis culpa ad heredem tutoris transmititur, itemque si neque ex damno, ut ait, pupilli lucrum captatum aut gratia præstitum sit. Nam ex dolo vel lata culpa tutoris si quid absit, pupillo procul dubio heres tenetur, licet ad eum nihil pervenerit juxta regulam l. ad ea §. ult. de R. J. Propositio d. l. 1. hæc est, heredes non teneri ex non lata culpa tutorum. (Falsò: agit enim lex 1. de culpa levi ipsorum heredum) Exceptio una: Nisi ex causa non late culpæ (hæc vero verba, quæ in lege sequuntur, non sunt exceptio, sed declaratio) lis contestata cum tutoribus fuerit. Clausula vero huic exceptioni subiecta, his verbis, neque ex damno pupilli &c. non exceptio, (Si Cujacius & præcedentia verba legis non habuisset pro exceptione, non incidisset in erroneam expositionem Glossatorum.) sed explicatio est superioris propositionis, quæ non istam culpam ostendit in ea propositione sic esse accipiendam, si non ex damno pupilli lucrum captatum vel gratia præstitum sit. Nam lucro captato sibi vel alii cum detrimento pupilli, heres tutoris tenetur

netur, etiam si nihil ad eum pervenerit. Lucro non captato & incolunt patrimonio pupilli, heres ad quem nihil pervenit ex dolo vel lata culpa tutoris non tenetur puta, si dolo versatus sit circa damnum pupilli; (Certus sum, Cujacium ipsum non intellexisse, quæ hic dixit. Quid enim hoc est: Heres tutoris tenetur de lata culpa tutoris, si pupillo damnum datum sit. Si vero pupillo nihil desit, non tenetur de lata culpa vel dolo tutoris? An unquam Domitius quispiam dubitavit, utrum heres tutoris teneatur, si pupillum nullum damnum passus sit? An quispiam in ullo contractu præstat dolum vel culpam, per quam alter non est læsus?) si dolo ei sua maluitque sua mala nihil profuerit §. aliquando instit. de perpet. & temp. act. nam & heredes ejus cuius quæstio contestata non est, placeat non teneri pænali actione, veluti furti vel injuriarum; aut mixta quatenus pœnam persequitur veluti vi bonorum raptorum vel damni injuria, non pænali, inquam, etiam si quid ad eos pervenerit, non mixta, nisi quatenus ad eos pervenerit ex dolo defuncti; non excepta actione vi bonorum raptorum, quæ est editi verbis non datur de eo, quod pervenit; dabitur tamen non inutiliter, cur vero, nisi quia actione pænali actor non persequitur rem, quæ sibi abest; sed extra rem pœnam, in quam innocentem heredem succedere æquum non est. Et ita æquum non est (Quamvis Cujacius etiam in modo præcedentibus ita differat, ut vix intelligi possit, liceat tamen ponere, nos eum intellexisse, & respondere: tò ita hic postum, ab actionibus ex delicto ad actiones ex contractu male inferre.) actione veniente ex contractu ob dolum malum defuncti heredes teneri, si neque ad eos, neque ad defunctum quidquam pervenerit. i. e. si ob eam rem nihil ex actoris patrimonio absit. Regulariter heredes tenentur ob dolum defuncti, quoniam tunc dolo dolatur quidquam sine detrimento alterius, & aliquando tantum non teneri dicuntur d. §. aliquando, nempe si quando forte dolo adversarii actoris rebus nihil abstulerit. (Apparet igitur Cujacium ex nimio studio explicandi istum §. Instit. ad has ineptiarum angustias esse redactum. Si vero inspexisset l. i. §. i. depositi eo non pervenisset.)

§. XXIIV.

§. XXIV.

Non diu post, quam Cujacius istud novum suum inventum de dolo tutoris ad heredibus non præstando publicaverat Franciscus Hotomannus eidem contradicere ac id confutare aggressus est lib. 1. de amicab. resp. c. 22. seu, quomodo ab aliis allegatur Lib. 12. Observ. c. 22. Quemadmodum facilius est, aliorum novos videre, quam proprios evitare, ita & Hotomanno accidit. Nam dum Cujacium non male notat, ipse gravius aberrat. Ita enim observationem suam incipit: *Si heres ex defuncti contractu in solidum tenetur, in quo nullius defuncti dolus arguitur, multo magis teneri eum convenit, ubi dolus ejus versatus est* l. hoc jure 152. §. 2. D. de R. J. Sed tamen non similiter ex utroque tenetur. Nam ex causa negotii contracti (veluti commodati, depositi, tutelæ,) tenetur in solidum, hoc est, etiam supra vires hereditatis: propterea quod onus est hereditarium: alio inquam hereditaria est, quæ ex persona defuncti initium sumit, quare si ex assc heres est, in solidum tenetur; si ex parte, pro rata; secundum legem XII. tabul. At ex causa doli eatenus tantum tenetur, quatenus ad eum pervenit: hoc est, quatenus hereditas ex defuncti dolo locupletior ad eum pervenit l. 5. ff. de calumniat. l. ad ea, qua 157. D. de R. J. Ubi verba illa non tantum in id, quod pervenit, ad doli rationem referenda sunt: illa vero: *Verum etiam in solidum ad negotium in contractu gestum* (Atqui textum l. 157. inspicienti, supra §. 8. descriptum, apparebit, Hotomannum hac explicatione eum fictorquere, ut clamaturus sit, si clamare possit) ut scilicet, tam doli quam calculi ratione teneatur l. Sabinus 29. D. de dol. mal. quippe cum heres ex defuncti delictis non teneatur, nec succedat penult. D. de damn. inf. l. pupillum. in §. 1. de R. J. Adjicit & alia quædam ex eodem errore promanantia, ubi sæpe memoratum §. Institutionum corrigere, & vocem dolo ex eo tollere parum apte allaborat, quæ brevitatis studio omittimus & ad ea properamus, quæ de heredibus tutorum habet.

§. XXV.

Hæc cum ita sint, inquit, videamus de tutorum heredibus quid statui conveniat, nam tutores quidem ex levi culpa teneri, & tantam diligentiam

gentiam prestare, quantum vel ipsi vel alii patres familias in suis rebus adhibent, constat ex l. 1. D. de tut. & rat. distrab. & l. 33. D. de administ. tut. Cum autem quaeritur, cujus culpe nomine eorum heredes teneantur, indistincte respondetur, eos late tantum tutorum culpe nomine teneri: negligentiae non teneri, Dixi, indistincte: quoniam nihil interest, utrum tutela actione suo an defuncti nomine conveniantur. De iis qui suo nomine conveniuntur testimonium extat in l. 1. & l. 4. D. de fidejuss. conv. de tutorum culpa in l. 4. D. de magistr. conv. (Ad hanc verò l. 4. quae Hotomannum hic seduxit, jam respondimus Cujacio §. 20. & 22.) nimirum ex regula Juris qua dicimus. Heredes ex defuncti contractu, in quo defuncti dolus arguitur, teneri: l. ex depositi 12. l. ex contrahentibus 49. D. de O. & A. l. ult. D. de fidejuss. tut. sed tam en eatenus duntaxat, quatenus ad eos pervenit ut jam superius diximus (reclamante videlicet l. 157. de R. I.) idque etiam aperissime (nil minus) traditur in l. 1. C. de her. tut. Heredes tutoris, inquit, ob negligentiam, quae non late culpa comparari possit, condemnari non oportet: Quod quis latine doctus (sed Latine doctus ibi nihil de eo inveniet, quod heres teneatur saltem, quatenus pervenit. Imo nec Hotomannus id ibi invenit:) sic, opinor, interpretabitur: Heredes tutoris ob latam ipsius (porro nec latine doctus hoc ipsius sine ratione addet, cum textus id non habeat, nec ulla ratio postulet) culpam condemnari oportet: ob leviem non oportet. Nam in l. ult. ejusd. tit. dilucide traditur, heredes ob non administrata, quae administrare tutor debuit, (qua sine dubio lata culpa est) teneri. Et non lata culpa pro levi similiter ponitur in l. 2. C. de magistr. conven.

§. XXVI.

Tum ad Cujacium progreditur. Qua cum tam perspicue & inter se & cum juris ratione consentiant, non dubitabo repudiare & illam nuper (a Cujacio videlicet) proditam Graecorum interpretationem, quae latinam legem corrumpit: τὰς κληρονόμους τὸ ἐπιτέρον ἀπὸ μεγάλης ἀμελείας & προσηκείας ἀσάδην ἀπέθευ: Et particulam Non in eadem l. 1. retinere: Non tam Doctorum omnium, qui eam legem sic interpretati sunt auctoritatem secutus, quam

quam ipsam juris rationem ac veritatem. Quam etiam hoc argu-
mento confirmabimus. Certum est heredibus tutorum comparari (imo
certum est, per aliquoties dicta, eam comparationem vel ibi non
institui, vel non esse valde extendendam. Interim verosimile
est, si quis hæc verba Hotomanni conferat, cum iis, quæ ex Cujacio
descripsimus §. 22. hanc Hotomanni observationem occasio-
nem dedisse Cujacio, ut istam observationem alteram scriberet)
heredes magistratum d. l. 4. D. de magistr. conv. qua in lege magistratus
ob levem, ejus heredes ob latam tantum culpam teneri dicuntur. Ubi
absurdum esset querere, utrum de magistratum an de ipsorum heredum
culpa tractetur. Eandemque sententiam rectissime videmus exponi in l. 2.
C. ill. iit. his verbis: In heredes magistratus cujus non lata culpa ido-
neè cautum pupillo non est, non solet actio dari: hoc est cujus levis culpa
coargitur. Quid verbis opus est? cum Imperator in l. curatoris 17.
C. de neg. gest. aperitissime scripserit, heredes & successores curatoris la-
tam ipsius (Atqui hoc ipsius etiam non extat in d. l. 17. vide supra §. 18.
& docebimus infra, non debere subintelligi) culpam præstare? At-
que hæc quidem ita se habent: qua tamen sic accipienda sunt, si modo
(Vane & impertinenter, ut jam ostensum:) ex tutoris delicto aliquid
ad ipsius heredes pervenerit. Quoniam eatenus ex defuncti contractu
de ipsius dolo datur in heredem actio, quatenus ad heredem pervenit.

§. XXVII.

Eandem meditationem reassumit Antonius Faber, vir de
emendanda Jurisprudencia alias egregie meritus. Hic lib. 1. conj.
c. 12. Juris Civilis, dicit, regula est, ex contractibus successores ex dolo co-
rum quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, sed in solidum
teneri l. ad ea 157. S. ult. de R. J. l. ex depositi. 12. l. ex contractibus 49.
de O. & A. licet dici soleat, ex dolo defuncti heredem non teneri, nisi pro
qua parte ad eum pervenit, l. in heredem 5. de calumniat. l. quod dixi-
mus 16. S. ult. quod met. caus. l. si hominem. 7. S. datur. depositi. Sed & in
quasi contractibus ei regule locum esse intelligimus ex l. 1. C. de hered.
aut. ubi quod scriptum est, heredes tutorum ob negligentiam, que non la-
te culpe comparari possit, condemnari non oportere, satis ostendit, ob eam
igitur que lata culpa fit, doloque comparari possit, condemnari debere.

Quomodo § in l. 2. C. de magistr. conven. ex eo quod Imperator Alex. rescribit, in heredes Magistratus, cuius non lata culpa dolove factum est, ut pupillo idoneus tutor datus non sit, in solidum teneri,

§. XXVIII.

Atque ita omnino, sic continuat, sentiendum est. Nam quod placet nonnullis (id est Cujacio) in d. l. i. C. de hered. tut. negatione sublatam legendum esse, heredes tutorum ob negligentiam quae latae culpa comparari possit, condemnari non oportere, rejiciendum omnino est, aut illud reprehendendum, quod in l. 6. D. de magistr. conv. Ulp. scribit, magistratus heredem teneri, si tanta fuerit magistratus negligentia ut cautionem omnem omitteret: quod verum rectumque exemplum est ejus negligentiae, quae latae culpa comparari potest. Nam de levi tutoris culpa heredem non teneri, idem Ulpianus ait in l. 4. cod. ubi monet nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri, nisi ex ea quae similis sit culpa dolo proxima. Dixi ex defuncti negligentia, ut eos resfellam, qui quod eo loco scriptum est, de ipsius heredis negligentia intelligendum putant. (Quod iterum, & recte quidem, faciebat Cujacius supra §. 20.) Quod si ita esset, parum recte Julius heredem tutoris similem diceret (Atqui nusquam hoc dicit Ulpianus, ut jam notavimus §. 20.) magistratus heredi, cuius negligentia propria nulla esse potest. Parum etiam accommodate subjiceret, heredem dolo proxima culpa succedaneum (Cur non? Etiam dicit: magistratum qui tamen ex facto proprio convenitur, succedere in omne periculum) esse, quod cum ait, innuit satis, culpa dolo non proxima, id est levis, eum succedaneum non esse. (Scilicet in administratione propria) Nec ad rem pertinet, quod in l. 4. de fidejuss. tut. scriptum est, nisi negligentiam propriam heredi non imputari. Id enim non quomodo ii putant sic accipi debet, ut ipsius defuncti negligentia heredi imputetur: sed ita, ut ne quidem propria imputetur: quod majorem habere videbatur dubitationem, cum adversus heredem tutoris ex proprio dolo juretur in litem, (quatis dubitatio: Heres defuncti convenitur de dolo proprio, & ex eo etiam juratur in litem, ergo conveniendus etiam est ob negligentiam propriam. Haec dubitatio Domitiana est:) contra quem tamen ex ipsius tutoris dolo non jurari eadem illa lex non obscure signi-

significat. Denique generale est, ut ex proprio magis & facilius quam ex alieno facto quis teneatur.

§. XXIX.

Tum accedit ad fusiolem explicationem d. l. 1. de hered. tut. In ea, dicit, primo regula constituitur, quam diximus, ut ex negligentia quæ non lata culpa comparari possit, tutorum heredes non condemnentur. Tum subjicitur, condemnari tamen tribus casibus, si contra tutorem lis inchoata sit, si ex damno pupilli lucrum captatum, si gratia præstitum sit. Quas posteriores exceptiones ad dolum latamque culpam pertinere certum est: (Imo non est certum. Possum enim etiam per negligentiam ex damno alterius lucrum habere. Idem etiam de altero casu offendemus infra.) Et hoc argumento utuntur, qui sublata negatione regulam de lata culpa scriptam volunt. Sed non animadvertunt, secundum hanc interpretationem futurum, ut regulam exceptio destruat, cum dubitandum non sit, iis duobus exemplis quæ ad dolum latamque culpam pertinent, generaliter significari, ob dolum & latam culpam tutoris adversus heredem in solidum agi posse, nec dissimilitudinis ratio reddi possit, cur iis casibus potius quam aliis, lata culpa doliive defuncti in persona heredis coerceretur. Atqui exceptionem de regula esse debere, fortasse inquires. Verum respondebo, iis verbis, si non contra tutorem &c. non tam exceptionem quam interpretationem regulæ contineri. Regulam illam esse: Ex levi culpa tutoris defuncti heredem non teneri: Interpretationem vero illam, Non aliter igitur teneri, quam si contra tutorem lis inchoata sit, cum litis contestatione etiam penales actiones ab utraque parte transmittantur & temporales perpetuentur l. ult. de fidej. tut. de si ex damno pupilli lucrum captatum, vel etiam gratia præstitum sit: quibus duobus casibus cum in dolo tutor sit, vel saltem ejus culpa conscius, que dolo non male comparetur, juris ratio facit, ut ex ipsius persona in solidum heres conveniatur. Nec recte probare possis, heredem tutoris ex ipsius contractu de levi culpa teneri debere, quia ipse tutor teneretur: malam enim esse rationationem ostendit (At plane aliud velle Ulpianum & supra dictum est §. 20. & infra in periphrasi illius legis ostendetur plenius,) Ulp. in d. l. 4. de magistr. conven. cum ait non simili-

similiter teneri heredes magistratum & tutorum, ut ipsi magistratus tutoresque tenentur.

§. XXX.

Vides itaque, quam se torqueant Doctores, etiam eruditiores, ut perspicuum sensum legis *l. C. de hered. tut.* eruant, & exceptiones ibi contentas concilient cum regula ibidem tradita. Adeoque, postquam Cujacius, Hotomannus, Antonius Faber, at quanti viri! hic nihil attulerint, in quo acquiescere possis, non miraberis, reliquam Doctorum turbam labyrinthum istum, in quem omnes conjiciuntur, qui statuunt, heredes tutorum de levi tutorum culpa non teneri, evadere non potuisse, sed solum contentos fuisse errorem semel propagatum propagare ulterius. Renotis ad *Treutl. Vol. 2. disp. 9. tit. 5. lit. d. e.* & ad eum plerique modernorum provocare solent, sed & iste chordâ oberrat eadem, quâ oberrarunt Cujacius, Hotomannus, Faber, nisi quod dubium, quod Faber in §. *praced.* movebat, de ultimis duabus exceptionibus *l. i. C. de hered. Tut.* alio modo solveat. Sic enim ait *d. l. p. 490.* Sequitur in *d. l. i. C. de hered. tut.* neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia prestitum sit. *Quæ verba revocantur sub hanc exceptionem, nisi tutor in administratione tutela dolo sit versatus.* (At paraphrasis hujus legis infra tradenda ostendet etiam limitationes has levi culpa intelligi posse.) *Quæ exceptio cum non videatur esse de regula, quæ loquitur de levi culpa, varis emendationibus & explicationibus præbuit causam. Sed potest non incommode ita explicari, quod cum nomine doli in contractu admissi in heredes actio non tantum in id, quod ad eos pervenit, sed qualis natura sua est, in solidum detur, l. ex contractu 49. de O. & A. l. ad ea 157. in f. de R. F. etiam actio tutela propter dolum defuncti in heredes dabitur, quæ si culpa levis sola fuisse, locum non habuisset. Cum autem ut jam dictum, detur qualis est, fiet hinc, ut licet & dolus aut lata culpa præbeat causam, nihilominus tamen in eam jam institutam propter qualitatem naturalem, levis quoque culpa veniat: & ita in casu admissi à tutore doli etiam levis culpa nomine heredes condemnentur, atque ita verba *d. l. i.* neque*

neque ex damno pupilli. Et c. tanquam exceptio sub regulam, quod ob levem culpam tutoris heredes non condemnentur, poterunt referri: (Potuerunt etiam referri, sine hac tortura) quam sententiam paucis verbis videtur insinuasse Salicet. in d. l. 1. C. de hered. tut. ubi hanc summam proponit, heredes tutoris nisi tribus casibus ob levem culpam defuncti non teneri. Quam explicationem sequi præstat, quam ut cum Cujac. duobus citatis locis aut emendemus, aut d. l. 1. ad singularem speciem doli restringamus: contra qua non male disputant cit. loc. Sverin, Hotom. Et Ant. Faber.

§. XXXI.

Etsi vero hac expositione d. l. 1. non parum sibi placeat Bachovius, displicuit ea tamen nihilominus Ultrico Hubero, Jcto proxime elapsi seculi, plane eximio & vix parem habenti. Is in prælectionibus ad ff. de fidej. tut. §. 3. Bachovium ita notat: Sed hæc limitatio Bachovii cur admittenda sit, ratio illa, sine textu, sola non sufficit. Primo enim quo minus actio aliqua certis casibus aliter quam vulgo detur, ex constitutione speciali facile fieri potest: dein, si regula ejus procederet, non esset tamen ei locus in judicio generali, quod multis articulis factorumque discrepantiis constat. in uno facto defunctus latam admisit culpam, in alio levem, una actione tutela. De priore facto tenetur heres, de posteriori genere non tenetur. Verum igitur non fit, quoties tutor lata culpe reus est, toties heredem de culpa ejusdem levi posse conveniri. Vis legis hæc est, heredem de levi tutoris culpa non teneri. Vidit igitur Huberus nævum quendam leviozem in Bachovio, enormem illum nævum doctrinæ communis non vidit. Deinde ostendit equidem, doctrinam Bachovii non satis esse fundatam, non tamen tollit dubium, quod Bachovium in eam sententiam perduxerat, quomodo nempe limitationes in d. l. 1. contentæ cum regula combinari possint.

§. XXXII.

Ita videlicet ista doctrina ad eum per Præceptorem suum Johannem Jacobum Wissenbachium erat traducta. Hic enim ad ff. disp. 53. tit. 4. Et ad tit. C. de hered. tut. vel cumt. communem istam sententiam repetit, & fuscè ex Cujacio, Hotomanno,

D

ac

ac Fabro declarat, simul vero refutare intendit ex iisdem eos, qui putant *l. 1. C. de hered. tut.* de propria heredum culpa exponendam esse, ita, ut simul statuant heredes tutorum de levi culpa tutorum teneri. Fateor, me valde gavifum esse, cum viderem, a Wissenbachio utrobique per verba: *sunt qui putant*, citari in plurali autores pro mea sententia, simul tamen indignatum fuisse, quod eos non nominaverit. Ergo diligenter inquisivi, an hoc reperire possem, ut doctrina mea etiam apud vulgus autoritate Virorum Clarorum corroboraretur. Postea tamen deprehendi, omnem laborem esse inanem, & Wissenbachium verosimiliter neminem in mente habuisse præter ipsum Cujacium, & quæ supra §. 20. ex eodem excerpimus, ubi causam bonam non bene defendit.

§. XXXIII.

Scilicet evolvimus Duarenum a Wissenb. citatum, Brunnemannum, tam ad ff. quam Codicem, Carpzovium, loco supra citato, Huberum in positionibus & prælectionibus, Strauchium, Lauterbachium, & ipsius etiam Domini Præfidis notas ad Strauchium & Huberum. Nihil novi deprehendimus, quam communem sententiam hæcenus sufficienter ex Cujacio, Hottomanno, Fabro, Bachovio explicatam, nisi quod Brunnemannus ad *l. 1. ff. de fidejuss. tut.* novam controversiam notet ad doctrinam de heredibus tutorum pertinentem. *Heres*, inquit, *tutore inchoato, quod hic Gorbfr. intelligit de extrajudicialibus. Sed melius etiam idem in judicialibus, nondum redditis rationibus l. 27. ff. de appell. l. un. §. ult. ff. si pendente appell. sed secus si reddita rationes, ut judicatum refert Sande l. 2. t. 9. d. 18.*

§. XXXIV.

Cum autem quæstio quam hic notavit B. Brunnemannus faciat ad expositionem *l. 1. ff. de fidej. tut.* supra §. 12. allata, e re erit, textus etiam ab ipso allegatos huc apponere. Primo Hermogenianus in *l. 2. si tutor appell.* ita disserit: *Tutor vel curator retentus si provocaverit, & ante causam actam moriatur: propter periculum*
medii

medii temporis, successores ejus causas appellationis necesse habent reddere. Tum vero Mater. l. i. §. i. si pendente appell. sic statuit: Tutor quoque in negotio pupilli appellatione interposita si deceaserit, heredes ejus causas appellationis reddere necesse est, etiamsi rationes tutela heres reddiderit: quia sufficit mortis tempore ad causas appellationis reddendas obligatum fuisse. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, non cogendum tutorem post rationes redditas causas appellationum reddere.

§. XXXV.

Adscribemus etiam, antequam ad tertium caput dissertationis nostræ progrediamur, præjudicium ex Carpzovio d. P. II. Const. XI. def. 35. Jfi C. G. euren Eheweib zum Vormunden verordnet worden / und hat sich darauff solcher Vormundschaft ange masset / und von bemeldtes seines Mündlings Gelde 10. Gulden in seiner Verwahrung gehabt; Als aber die unlängst zu Annaberg entstandene Feuerbrunst auch gedachten Vormund mit betroffen / seynd des Mündlings Geldere in solchem Brand wegkommen 10. So seynd seine Erben / ungeachtet das er der Vormund sein eigen Geld in selbigen Brand weggeschet / solche 10. Gulden zu erstatten nicht schuldig / B. N. W.

§. XXXVI.

Jam igitur sensum legum dubiarum brevi periphrafi proponamus. (vid. §. 5.) Et quidem, quod regulas Pauli & Ulpiani de actionibus ex contractu, etiam ex dolo defunctorum in defunctos dandis, attinet, supra §. 6. & 8. appositas, periphrafi non est opus, cum res sit planissima, & tortura Hotomanni §. 24. jam notata, nec affectus repererit, nec ulteriore refutatione habet opus.

§. XXXVII.

Ergo ab altero textu Pauli §. 7. *ext. ult. ff. de fidej. tut.* descripto incipiamus. Quæsierat aliquis ex Paulo, utrum posset conveniri de dolo vel culpa a tutore, cujus heres factus erat, commissis,

D 2

at-

atque is quæstionem suam à Triboniano non relatam integre, his verbis finierat: HEREDEM EJUS, QVI NON JURE, h. e. à magistratu non competente, vel simili modo, tutor vel curator datus est, & ADMINISTRATIONI SE NON IMMISCUIT cum hic ipse tutor ad nihil teneatur, l. 13. §. 12. de excuf. tut. l. 1. C. de testam. tut. l. 5. C. qui dare tutores. DOLUM ET CULPAM PRÆSTARE NON DEBERE, atque hanc rationem etiam pro se allegandam esse putabat. PAULUS observans, quærentem in his verbis ultimis inepta posuisse, cum stultum sit asserere, heredes tutoris, qui nullum dolum vel culpam admittit, dolum tutoris vel culpam non præstare debere, istam rationem silentio præterit, ad quæstionem autem ipsam propositam sic RESPONDIT: TALE JUDICIUM tutelæ, IN HEREDEM TUTORIS, sive agatur de dolo sive de culpa, TRANSFERRI OPORTERE, QVALE DEFUNCTUS SUSCEPIT vel suscipere debuit, cum ex persona heredis in contractibus conditio obligationis non debet immutari l. 2. §. 2. de V. O. Atque HOC generale axioma EO PERTINET, UT in proposito casu NON EXCUSETUR HERES quærens, etiam SI insuper DIGAT, SE INSTRUMENTA TUTELARIA v. g. inventarium, item documenta pupilli, plane NON INVENISSE, sed eadem a defuncto tutore dolo malo esse sublata, adeoque se quoque in iusta ignorantia versari. NAM posito etiam, quod tutor hæc omnia dolo malo fecerit, CUM tamen EX OMNIBUS BONÆ FIDEI JUDICIIS PROPTER DOLUM DEFUNCTI HERES TENEATUR, IDEM haud dubie PUTO OBSERVANDUM esse ET IN TUTELÆ ACTIONE, ut quæ & ipsa ad judicia bonæ fidei pertinet. SED &, quod attinet ignorantiam, ad quam quærens provocavit, poterat insuper ille etiam id allegare, quod CONSTITUTIONIBUS Imperatorum SUBVENTUM EST IGNORANTIÆ HEREDUM: verum & HOC TAMEN ipsi parum proderit, quia id TUNC saltem OBSERVANDUM EST, CUM POST MORTEM TUTORIS HERES CONVENIATUR ex facto proprio, (l. 4. §. 1. h. t.) NON si con-

venia-

veniatur ex facto tutoris, multo minus, ut ex quaestione pro-
posita apparet, SI jam LITE CONTESTATA TUTOR DE-
CESSERIT: NAM LITIS CONTESTATIONE ET POE-
NALES ACTIONES ex delictis aut contractibus venientes,
TRANSMITTUNTUR ad heredes AB UTRAQUE PAR-
TE, ET TEMPORALES PERPETUANTUR.

§. XXXIIX.

Jam sequantur textus Ulpiani. Primus quem supra §. 9. re-
tulimus ad titulum de heredibus tutorum pertinens est l. 4. pr. &
§. 1. b. t. CUM in præcedentibus OSTENDIMUS, HEREDEM
QVOQVE ex facto tutoris TUTELÆ JUDICIO, tam de dolo,
de quo quidam dubitabant, quam de culpa, de qua nulla erat
ratio dubitandi, POSSE CONVENIRI; VIDENDUM jam
erit, AN ETIAM PROPRIUS EJUS DOLUS VEL PRO-
PRIA ADMINISTRATIO VENIAT IN JUDICIUM tutelæ,
ita ut quemadmodum in reliquis contractibus v. g. locationis
conductionis, emtionis venditionis &c. heredes etiam de fa-
ctis propriis conventi eandem culpam præstant, quam ex iis
contractibus præstabant eorum antecessores, ita & idem sit di-
cendum in tutela, ut heredes ex facto proprio æque teneantur
non solum dolum præstare, sed etiam negligentiam in admini-
stratione commissam. Sed plane hic subest ratio diversitatis:
Nam qui emit aliquid vel conducit, id etiam agit pro heredibus
suis, at qui tutor est, tutelam non suscipit pro heredibus suis,
sed tutela morte tutoris finitur, uti mandatum morte mandata-
rii, quia utrobique industria personæ est electa. Igitur vide-
tur prima fronte hæc quaestio plane esse inanis. Quoniam ta-
men certis casibus tenetur heres negotia à defuncto tutore cæ-
pta continuare, aliud dicendum est, ET EXTAT SERVH
SENTENTIA, EXISTIMANTIS, SI POST MORTEM
TUTORIS HERES EJUS NEGOTIA PUPILLI jam
cæpta, GERERE PERSEVERAVERIT, AUT etiam IN
ARCA TUTORIS PUPILLI PECUNIAM INVENE-
RIT,

RIT, ET sciens, vel supina plane & non facile præsumenda ignorantia, aut etiam quocunque modo nesciens, **CONSUMSERIT VEL EAM PECUNIAM, QUAM TUTOR** in rem pupilli **STIPVLATVS FVERAT** sive scienter sive ignoranter **EXERGIT**, eaque apud ipsum extet vel eam simili modo consumserit, **TUTELE IVDICIO EVM TENERI SVO NOMINE**. Quod uti in casibus ubi per pecuniam pupilli locupletior factus est, nullum habet dubium, ita in reliquis, ubi dolo ejus intervenit, etsi heres accurate loquendo non teneatur ex contractu, tamen etiam actiones quæ non sunt ex contractu adversus heredem, dantur de dolo proprio. **NAM CVM v. g. PERMITTATVR ADVERSVS HEREDEM EX PROPRIO DOLO JVRARI IN LITEM**, quod juramentum maxime in actionibus realibus locum habet, **APPARET etiam, EVM & IUDICIO TUTELE utili TENERI EX DOLO PROPRIO**. Sed tamen in administratione propria ulterius quam de dolo non tenebitur, & **NEGLIGENTIA PLANE PROPRIA** aut ignorantia non supina (*vid. §. præced.*) **HEREDI NON IMPVTABITVR**, multo minus ad diligentiam exactissimam tenebitur. Etsi enim communiter negotiorum alienorum gestores ejusmodi diligentiam præstare obstricti sint, ab herede tamen ea non exigitur, quia lege coactus negotia à tutore cæpta continuavit. Porro etsi tutor, qui etiam lege cogitur, præstet tamen culpam levem, quia tamen tutor potest allegare causas excusandi, & præterea in tutore industria consideratur, quæ rationes in herede administrante cessant, aliter constitui commode non poterat.

§. XXXIX.

Jungamus præcedenti textui Ulpiani statim legem parallelam Pomponii *l. i. ff. de fidejuss. tur.* descriptam *supra §. 12.* **QUAMVIS HERES TUTORIS TUTOR NON EST** cum tutela morte finiatur, & non transeat ad heredem; **TAMEN EA QUÆ PER DEFVNCTVM tutorem INCHOATA SVNT**, ubi videlicet periculum in mora est, sive sint negotia extrajudicialia, sive

five judicialia (*vide supra* §. 33.) PER HEREDEM, SI modo LEGITIMÆ ETATIS ET MASCULIS SIT, EXPLICARI & continuari DEBENT, donec pupillo de alio tutore prospiciatur, (quod extra ordinem ob utilitatem pupillorum constitutum est,) IN QUIBUS DOLVS EJVS ADMITTI, id est, si quid dolo admittat, actione tutelæ coërceri POTEST. Porro etiam QVOD PENES TVTOREM FVIT, & sic ad heredem pervenit, absque dubio HERES QVOQVE EJVS etsi ignoranter id acceperit, REDDERE DEBET. Illud autem QVOD APVD PVPILLVM, aut inter res pupilli IS RELIQUERIT, SI HERES sciens CAPIAT, NON QVIDEM CRIMINE CARET & heredem pupillo obstringit, SED tamen EXTRA TVTELAM ejusque actionem directam EST, ET itaque VTILI tutelæ ACTIONE heres HOG REDDERE COMPELLITVR.

§. XL.

Redeamus ad Ulpiani leges & quidem ad l. 4. de magistr. conven. (*vid. supra* §. 10.) Etsi ex constitutionibus heredes magistratum conveniri possint actione subsidiaria, NON tamen SIMILITER TENENTVR HEREDES MAGISTRATVVM, VT IPSI TENENTVR. NAM etsi quis urgere velit, actiones personales adversus heredes eodem modo dari, ubi dabantur adversus defunctos, non tamen id universaliter verum est, quia NEC HERES TVTORIS NEGLIGENTIÆ propriæ NOMINE TENETVR, etsi de negligentia propria tenebatur tutor ipse. Est igitur insignis differentia inter magistratum & heredem ejus, & adhuc major, quam inter heredem tutoris & tutorem. NAM MAGISTRATVS QVIDEM IPSE IN OMNE PERICVLVM SVCCEDIT, i. e. negligentix quoque nomine tenetur, si non exegerit satisfactionem aut non exegerit sufficientem, (*Gorbofr. hic*) HERES autem IPSIVS solum doli, & DOLO PROXIMÆ CVLPÆ h. e. late, quæ dolo inest, (non levis ut putat Paulus Voetius *ad Inst. tit. de satisfact. tut. §. 2. n. 4.*)

suc-

succedaneus est, si videlicet magistratus in exactione cautionis plane supinus fuerit,

§. XLI.

In l. autem 6. ff. eod. (vid. supra §. ii.) Ulpianus id vult. Quem admodum de magistratu ipso, an ob neglectam cautionem a pupillo conveniri possit, olim dubitatum fuit, in tantum, ut oratione Trajani SCto confirmata demum actio hæc subsidiaria fuerit inventa, (Paulus Voetius d. l.) ita & similis dubitatio fuit orta, **QUOD AD HEREDEM MAGISTRATUS PERTINET.** Quia nimirum actio adversus magistratum magis ex delicto ejus descendit, quam ex contractu. Tales autem actiones ne quidem quoad dolum adversus heredes transeunt. Sed & hic Imperator constitutione dubium resolvit. **EXTAT enim DIVI PII RESCRIPTUM, CAUSA COGNITA super gradu videlicet negligentia magistratus, DEBERE DARI ACTIONEM NAM MAGISTRATUS, SI TANTA FUIT NEGLIGENTIA UT OMNEM CAUTIONEM OMITTERET** culpa nimirum dolo proxima vel omnino dolose, **ÆQVUM EST** visum Divo Pio, heredem teneri. Ut vero dubio de actionibus ex delictis non transeuntibus ad heredes reorum satisfaceret, finxit Imperator, ac si contractus quidam intercessisset, & **LOCO FIDEJUSSORIS, UT HERES EJUS** de hac negligentia **TENEATUR**: At hæc fictio ultra dolum magistratus ab Imperatore non fuit extensa, multo minus ad casum, sed tantum restricta ad omissionem cautionis. **SI VERO CAVIT** seu caveri curavit magistratus, **ET TUNC fidejussores IDONEI FUERUNT, ET POSTEA** tales esse **DESIERUNT; SICUT ET IPSE MAGISTRATUS PROBE RECUSARET HANC ACTIONEM,** ideo quia probe gesit officium suum, ita **ET HERES** ejus hand dubie **MULTO JUSTIUS** actorem repelleret. **NOVISSIME** JCti rescriptum hoc Divi Pii applicarunt etiam ad heredem magistratus non idonee caventis (arg. §. 2. Inf.).

Inst. de satisd. tut.) non tamen & hic ultra dolum & culpam latam. Nam NON ALIAS, AIT Ulpianus, IN HEREDEM ACTI-
NEM esse DANDAM, QVAM SI EVIDENTER MAGI-
STRATVS CVM MINVS IDONEIS FIDEI VSSORIBVS
CONTRAHVNT.

§. XLII.

In textibus Codicis præprimis opera danda erit, ut *l. i. c. de hered. tut. supra §. 13.* descri- tam sic exponamus, quo & error com-
munis evitetur, & difficultates, quas Dd. circa exceptiones ea
lege contentas movent, tollantur. Id vero videtur commodissi-
me sic posse fieri: HEREDES TVTORVM OB NEGLIGEN-
TIAM, QVÆ NON LATÆ CVLPÆ COMPARARI POS-
SIT, sed ad culpam levem referenda sit, CONDEMNARI
NON OPORTET. Sed cave ne hoc nimis crude accipias,
cum variæ declarationes hic sint norandæ. Siquidem initio id
procedit saltem de culpa propria heredum, & ex ea causa ita re-
stringendum est. SI NON jam CONTRA TVTOREM LIS
INCHOATA EST, sive lis illa sit solum fundata, sive etiam
jam contestata. Deinde quod etiam culpam heredum propri-
am attinet, possunt casus existere, ubi heredes etiam a levis culpæ
præstatione non liberantur, scilicet si NEQVE EX DAMNO
PVPILLI LVCRVM aliquod sit, etiam ex negligentia vel igno-
rantia heredis CAPTATVM, ut si ex bonis pupilli quædam re-
tinuerit, putans ea pertinere ad hereditatem tutoris, AVT SI ex
bona intentione heredis, ut pupillo GRATIA Potentis alicujus
acquireretur, aliquid PRÆSTITVM SIT. Et si enim hoc casu
heres peccet negligentia & ignorantia, ignorans videlicet, non
licere tutoribus ex rebus pupilli donare, negligentia autem &
ignorantia in administratione propria ei non noceat, videtur
tamen id vel ita intelligendum esse, ut pertineat saltem ad omis-
siones heredis non ad facta strictè dicta, vel certe ut excipiantur
alienationes bonorum pupilli.

§. LXIII.

In reliquis textibus jam res non difficulter procedet. Per-

E

spicius

ipicius sensus est *l. 2. C. eod. (vid. supra § 14.)* PATER VESTER TVTOR VEL CVRATOR DATVS, SI SE NON EXCVSAVIT, sed saltem absque excusatione ab administratione tutelæ abstinuit, etiam si hanc excusationem non dolo malo, sed ex negligentia omiserit, præmissis cum videret, alios adesse, qui tutelam ejusque administrationem susciperent, si tamen pupillus inde damnum passus sit, NON IDEO VOS MINVS HEREDES EJVS TVTELÆ directo, VEL VTILI JVDICIO CONVENIRI POTESTIS, QVOD EAM TVTELAM SEVCVRAM, NON defunctum, neque vos ipsos ADMINISTRASSE DICITIS. NAM quam pupilli actionem adversus defunctum habent, eadem & contra vos dabitur. Igitur ET a Vobis CESSATIONIS RATIO REDDENDA EST, ut si quidem appareat, justam esse causam excusationis, liberemini ab actione, si vero appareat, esse insufficientem, condemnemini. PRIVS TAMEN PROPTER ACTVM SVVM EOS CONVENIENDOS ESSE simul rescripsit Imperator, QVI ADMINISTRAVERT, & ipsi damnum dederunt.

§. XLIV.

Circa legem 3. (*vid. §. 15.*) *eod. fere nullum restat dubium ADVERSUS HEREDES QVONDAM TVTORIS TVI AD RATIONES REDDENDAS TVTELÆ ACTIONE INSTITE. IN JVDICIUM illud AVTEM VENIET ETIAM ID, QVOD TIBI TVTOR EX CAUSA FIDEJVSSSIONIS DEBVT, quia tutelæ judicium est universale, multa capita complectens.*

§. XLV.

Similis est ratio *l. 4. eod. (vid. § 16.)* HEREDES EORVM, QVI TVTELAM VEL CVRAM ADMINISTRAVERT, SI QVID AD EOS EX RE PVPELLI VEL ADVLTI PERVENIRIT, absque dubio RESTITUERE COGVNTVR. Et si enim forte absque dolo eorum id factum sit, tamen postquam id eis demonstratum est, in dolo essent, si eas res vellent retinere, IN EO ETIAM, QVOD TVTOR VEL CVRATOR

TOR ADMINISTRARE DEBVI, NEC tamen, five ex fupina, five ex leviori negligentia ADMINISTRAVIT, RATIONEM EOS REDDERE DEBERE NON EST AMBIGENDUM, cum tutelæ actio tanquam ex contractu veniens cum omnibus qualitatibus detur etiam contra heredes.

§. XLVI.

Denique omiffa periphrasi l. 2. C. de magiftr. conven. ob rationes §. 17. dictas, reftat adhuc l. 17. C. de negot. gef. §. 18. recenfit. CURATORIS ETIAM SUCCESSORES, NEGOTIORUM GESTORUM UTILI CONVENTOS ACTIONE ob continuata videlicet negotia à Curatore incepra, ubi periculum erat in mora, TAM DOLUM, QUAM LATAM CULPAM PRÆSTARE DEBERE, de negligentia vero propria non tenei, NEC enim AD EOS totum OFFICIUM ADMINISTRATIONIS TRANSIRE, ut æque ac Curatores ipfi etiam de levi culpa reneantur. IDEOQVE etiam NULLAM ALIENANDI EOS RES ADULTÆ POTESTATEM HABERE CONVENIT, quæ alias à curatore pro re nata certis cafibus alienari poterant.

§. XLVII.

Quamvis vero in periphrasi hætenus exhibita ita me gefserim, ut fere ubique rationes ejusdem addiderim, non evidentes folum, fed & multum ad intellectum legum pertinentes, & confenfum cum legibus parallelis oftendentes, facile tamen prævideo, fore quosdam, qui putabunt, fi liceret verbis legum tot verba inferere, quot a nobis fubinde inferta funt, quamlibet fententiam, etiam legibus plane adverfam ex qualibet lege poffe elici. Hic etfi multa regerere, & fi vel autoritate pugnandum effer, ad commentarium Felkmani ad priores duos Pandectarum libros provocare poffem, & præterea certum fit, non effer meliorem commentandi rationem quam iftam; ut tamen & hac in parte ad imbecillitatem eorum, qui commentariis opinionibus tanquam glebæ adfcripti funt, me applicem

plicem, ultimo loco paucissimis fundamenta, quibus in periphrasi illa subnixus sum, in compendio exhibebo, quæ ex natura oppositionis alia esse nequeunt, quam opposita fundamentis communis opinionis. Videntur interpretes præprimis seducti esse duabus ex rationibus: (1) quod putarunt ab Ulpiano in l. 4. de magistr. conven. comparationem institui inter heredes tutoris & heredes magistratus. Jam igitur cum certum sit, dum dicitur, heredes magistratus non teneri de culpa levi, id intelligendum esse de culpa levi magistratus, non de culpa propria, putarunt vi comparationis idem dicendum esse de heredibus tutorum. Quo semel admissio facile sibi postea pervaserunt, (2) l. 1. Cod. de hered. tut. loqui de culpa levi defunctorum, atque in hac sententia corroborati sunt, cum putarent, primam legis declarationem, quæ de facto tutorum ipsorum loquitur, esse limitationem legis; & quamvis postea in conciliandis reliquis limitationibus legis valde se torserint, quidvis tamen potius admiserunt, quam ut in viam redirent. Cum ex his constet, posteriorem errorem propullulare a potiore, & præterea in periphrasi l. 1. C. d. t. perspicue ostensum sit, quid velint tres illæ declarationes ei legi insertæ, res omnis in eo videtur esse sita, ut ostendamus, prius assertum esse falsissimum. Igitur sic procedemus: (1) *Maxima est differentia, intuitu heredum conveniendorum, inter actionem tutelæ & subsidiariam illam de magistratibus conveniendis, ut adeo comparatio inter has duas institui commode non possit.* Ratio assertionis est, quia actio tutelæ est ex contractu, quales actiones etiam de dolo defunctorum adversus heredes transeunt. At actio subsidiaria est ex delicto vel vero vel quasi, scilicet ex damno dato dolo vel culpa. Actiones autem ex delictis adversus heredes non dantur, nisi in quantum pervenit, aut nisi litem defunctus fuerit contestatus. Ergo Ulpiano in l. 4. de magistr. conven. non poterat intuitu heredum comparare has duas actiones, scilicet, ut quemadmodum & quomodo actio de magistratibus conveniendis non detur contra heredes, ita

& actio tutelæ non detur. Et poterat sane alio modo exponi Ulpianus, uti fecimus §. 40. Imo demus, Ulpianum expresse & claris verbis instituisse hanc comparisonem, debebant interpretes annotare, hanc comparisonem non esse genuinam, uti annotare solent, cum Ulpianus causam eam dat, cur partus ancillæ non sit in fructu, quia videlicet fructus omnes inventi sint hominum gratia, eam rationem non esse genuinam, sed aliam meliorem ex ipso Ulpiano esse substituendam, quod ancillæ non comparari soleant eum in finem, ut pariant.

§. XLIIII.

(2) Nulla est ratio, quæ dari possit, cur heredes non teneantur ex culpa levi tutorum. Non autem convenit, leges dubias ita exponere, ut inde oriatur sensus irrationalis, quamdiu superpetit irrationalis. Posterius membrum hujus assertionis probatione non indiget, cum sit communissima interpretandi regula: verba ita esse accipienda, ne sequatur absurdum: item, verba in dubio sic esse exponenda, ut convenient cum jure communi. Prius autem quod attinet, probatur ex omnibus Doctoribus, quos hæctenus inspicere licuit. Omnes notant explicationem textuum, quam ipsi erronee faciunt, continere aliquid speciale, nemo tamen vel audent saltem rationem hanc specialitatis investigare, in tantum ut jam supra §. 19. notaverim, Salicetum id inter mirabilia referre. Atque id quidem temporibus Saliceti condonandum erat, utpote in quibus Theologi asæveti erant, in rebus, quas ignorabant, aut falsis etiam scripturæ expositionibus, cum urgerentur rationibus, confugere ad miracula, & Jcti similia faciebant in salvandis ineptis expositionibus textuum, asyla quærendo in mirabilibus. At hodie, cum ubique fere à sapientioribus Theologis ejiciantur conficta miracula, turpe esset Jctis, si non & ipsi excutere vellent mirabilia illa antiqua tanquam certissima ignorantie indicia.

§. XLIX.

(3.) At evidens est ratio, cur heredes magistratum non teneantur culpa levi defunctorum, quia regulariter ne quidem teneri de cul-

paltra, aut ullo modo actione subsidiaria conveniri debent. Quia nimirum, ut dictum, actio subsidiaria oritur ex delicto. Rem fufius expedi vi jam supra in periphrasi l. 6. de magiftr. conv. §. 41. Hic faltem deducendum est duobus adhuc verbis, utrum in dubie verum fit, quod actio de magiftratibus conveniendis ex delicto oriatur. Non equidem vidi Doctorem hodiernorum quemquam, qui de eo dubitaret, nec tempus jam habet, evolvere Gloffatores antiquos legum, cum hæc res separatam diligentiam requirat. Interim obfervavi ex lectione legum, ipfos Ictos Romanos hic dubitaffe non leviter. Ulpianus pro actione ex delicto habuiffe videtur, in d. l. 6. (quod nobis in præfenti quaestione jam fufficit,) eam in rem allegans Rescriptum Divi Pii, ubi daretur actio adverfus heredes fictione opus fuit. Eiusdem opinionis fuit Celfus in l. 7. eod. ideo adverfus fingulos, fi de dolo conveniantur concedens actionem in folidum. Idem fenfit Modestinus in l. 8. eod. actionem in folidum non tantum fimiliter in fingulos concedens, fed & in l. 9. fequenti non obfcure inclinans in eam fententiam, quæ ftatuit, à Magiftratu non exigendas effe ufuras cum forte, quia pœnarum ufuræ cum forte peti non poffint. Contra hos omnes definivit rescriptum Divi Severi & Antonini d. l. 9. ufuras cum forte peti poffe, ratione illa addita, quoniam EADEM in magiftratibus actio datur, quæ competit in tutores. Non vacat evolvere, quomodo iftum diffenfum conciliant interpretes. Ego interim firmiter puto, donec evidentiffime oftendatur contrarium, rescriptum hoc Severi & Antonini aperte contradicere fententiæ Ulpiani, Celfi & Modestini, imo ipfi rescripto Divi Pii in l. 6. 7. & 8. eod. adeoque hic effe exemplum illufre antinomiz in uno eodemque titulo & quidem immediate poftæ, ut aliquando habeant admiratores Tribonianii novum argumentum commentandi juris Iuftiniani.

§. L.

Nihil refat, quam ut iisdem respondeamus, fi forte adverfus noftam difputationem urgere velint, meditationes hæc, quales

TUTORUM PRÆSTANDA:

39

qualescunque etiam sint, esse inutiles: Quicquid enim sit de veritate earum theoretica, posse quidem talia defendi pro cathedra, sed sufficere pro sententia communi à nobis rejecta, quod regnet in praxi, & quod pro ea faciant responsa duo à Carpzovio adducta, quorum unum etiam *supra* §. 35. descripsimus. Sed ad ista quamvis multa regerere possimus, liceat jam ad finem properantibus, saltem duobus verbis respondere. Regnet error communis sive in Paulino sive in Praxi, non equidem invidemus. Ita moris est. Pauper ubique jacet; Error regnat ubique. Saltem precabimur, ut patiantur apud nos regnare studium veritatis. At error facit jus. Sit ita, non tamen jus faciet erronea observantia judicialis, quia nec vera observantia judicialis jus facit. Miraris. Deduxit id jam peculiari dissertatione Dominus Præses de *jure consuetudinis & observantia*. Docent sententiæ adjuncta Speculo Saxonico, ut & integra sententiarum volumina à Beato publicata, olim aliam observantiam judicialem regnasse, & forte sæpe meliorem, quam hodierna est: regnavit interim illa, jam alia regnat. Hodie in judiciis regnat Carpzovius, cras Mevius, tum alius & iterum alius. Ita nec spe destituimur fore, ut errore cognito aliquando etiam in judiciis pronuncietur; tutorum heredes teneri etiam de levi eorum culpa.

COROLLARIA.

I.

Dissentiant Doctores, utrum titulus de magistratibus convenienter habeat usum. Nobis placet eorum sententia, qui dicunt, usum esse exiguum, non ideo, quod actio illa sit inventum juris Romani, putamus enim eam nisi summa equitate, sed, quod alia sit ratio magistratuum nostrorum, alius & corruptior sit status Germaniæ nostræ, alius & corruptior sit processus hodiernus.

II.

Multo minor imque erit usus doctrina de heredibus magistratum convenienter.

III. *Fin.*

III.

Putamus etiam exiguum esse usum doctrinae de heredibus tutorum conveniendis ex factu proprio, quia vix putamus hodie dari casus l. r. de fidej. tut. ubi heredes teneantur factum tutoris continuare. Sed usus aliquis esset hodie si continuarent sponte.

IV.

Si vero continuarent sponte, cessaret ratio, cur hic saltem tenerentur de dolo, (vid §. 38.) ergo videretur dicendum, quod hodie eandem culpam hoc casu praestarent, ad quam tenetur quilibet negotiorum gestor.

V.

Heres tutoris etiam usuras ejus pecuniae quae in arca est, praestat, uti tutor, donec rationes reddiderit. arg. l. 4. pr. & §. 2. de fidej. tut. junct. l. 27. de Appellat. l. unic. §. ult. si pend. Appell.

VI.

Actio de rationibus distribuendis in heredes tutoris quae tales, non datur, quia ex delicto est. l. 2. de tut. & rat. distrah.

VII.

Hypotheca tacita pupillis in bonis tutorum competens non est extendenda ad bona heredum.

VIII.

Sed verius est, etiam pupillarum heredibus competere jus tacitae hypothecae in bonis tutorum, at privilegium praelationis quod ulterius pupillis competeat, ad heredes eorum non transit.

IX.

Putat Callistratus l. 64. §. 1. de ritu nupt. §. Cho. quod interdicebat, ne inter tutorem, ejus filios & pupillam sine nuptiis, etiam ex justa interpretatione interdictum esse matrimonium heredi tutoris extraneo. Nos salva auctoritate Callistrati, & Triboniani contrarium defendemus arg. l. 60. §. 6. l. 67. §. 5. ff. eod. l. ult. & t. t. Cod. de interd. matrim. inter pupillam & tutorem.

FINIS.

Halle Diss. 1701
(T-2)

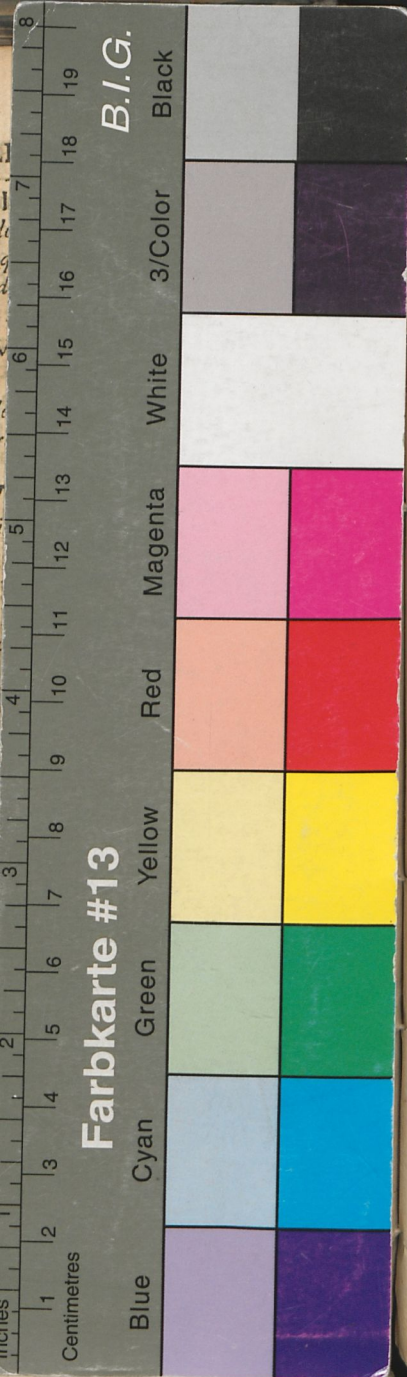
ULB Halle 3
001 923 862



sb







21

DISSERTATIO INAUGURALIS,

De
**CULPA AB HEREDI-
BUS TUTORUM
PRÆSTANDA,**

1701,446

Quam
**RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,
DN. FRIDERICO WILHELMO,
REGNI BORUSSIACI HEREDE, &c. &c. &c.
IN ALMA FRIDERICIANA,**

PRÆSIDE
**D. CHRISTIANO THOMASIO, Jcto,
S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILIARIO, ET PROF. PUBL.
AC FACULT. JURID. h. t. DECANO,**

**PRO LICENTIA
Summos in utroque Jure honores & privile-
gia Doctoralia obtinendi**

*ad. d. 29. Junii Anni M DCC I. Horis ante. & Pomeridianis
Solemniter proponet*

**CHRISTIANUS GOTTLÖB STEMPEL,
Budiss.**

HALLÆ. Typis CHRISTOPHORI SALFELDII, Typogr. Reg. Boruff.

(XVIII B)

