



R. 34. n. n.

12.

24

7701,44 =

DISSERTATIO INAUGURALIS IVRIDICA
DE

**CVLPA AB HERE-
DIBVS TVTORVM
PRÆSTANDA,**

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO

FRIDERICO WILHELMO,

REGNI BORVSSIACI HEREDE, ETC. ETC. ETC.

IN ALMA FRIDERICIANA

PRAESIDE

D. CHRISTIANO THOMASIO, ICto,

S. REG. MAIEST. BORVSS. CONSILIARIO, ET PROF.

PVBL. ac FACVLT. IVRID. H. T. DECANO,

PRO LICENTIA

SVMOS IN VTROVQVE IVRE HONORES

ET PRIVILEGIA DOCTORALIA OBTINENDI,

AD D. XXIX. IVN. ANNI MDCCCL. HORIS ANTE- ET POMERIDIANIS
SOLENNITER PROPONET

CHRISTIANVS GOTTLOB STEMPEL,

BVDISS.

HALAE MAGDEB.

EX OFFICINA KITLERIANA,

RECUSA MDCC XLIII.

(6)

OMNIPARABERE
IN STADIA
EVLVY...
RVA...
EP...
D...





DISPUTATIONIS
DE
CVLPA AB HEREDIBVS TVTO-
RVM PRAESTANDA
SVMMARIA.

Occasio disputationis. Queritur quam ratio communis do-
ctrinae, quod heredes tutorum teneantur tantum de culpa
lata? §. I. Lectio interpretum lectorem magis reddit du-
bium, §. II. Dubium inde ortum, an doctrina illa sit vera? §. III.
Inspectis absque praedicio legibus inventum, esse falsam; si-
mul inventa erroris origine, §. IV. Methodus dicendorum,
§. V. I. Exhibitio textuum ea de re disponentium, cum ob-
servationibus 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. Im-
peratorum, Severi & Antonini l. 1. c. de hered. tut. §. XIII.
soli Antonini l. 2. c. cod. §. XIV. & l. 3. cod. §. XV. Alexan-
dri l. ult. c. cod. §. XVI. & l. 2. c. de magistr. conven. §. XVII.
Diacletiani & Maxim. in l. 17. c. de negot. gest. §. XVIII.
II. Opiniones Doctorum cum stricturis: videlicet Glosse &
Glossatorum ex Bachovio, §. XIX. Cujacii, ex l. 13. Obs. 39.
statuensis heredes tutoris non teneri de lata culpa ejus, & cor-

rigentis textus in l. 1. C. de hered. tut. & l. 2. C. de Magistr. conv. §. XX. XXI. Eiusdem Cujacii ex lib. 21. observ. 2. aliquo modo primum errorem corrigentis, sed permutantis tamen cum errore graviore, §. XXII. XXIII. Hotomanni ex lib. 12. obs. 22. misere torquentis l. 157. d. R. 1. §. XXIV. eamque torquentiam inferre conantis doctrina de heredibus tutorum, §. XXV. neque adeo exacte refutantis Cujacium, §. XXVI. Antonii Fabri ex lib. 1. cons. 12. in refutatione Cujacii communem errantis errorem, §. XXVII. XXVIII. XXIX. Bachovii ex notis ad Trentl. V. 2. d. 9. th. 5. lit. d. e. noviter docentis, heredes tutoris tum teneri de levi eius culpa, si is simul commiserit lazarum, §. XXX. refutati propterea ab Habero, §. XXXI. Wisfenbachii, §. XXXII. aliorumque, item B. Brunnemanni Godofredum in explicatione l. 1. ff. h. t. recte norantis §. XXXIII. XXXIV. Prajudicium Jurorum Lipsiensium ex Carpzovio pro communi sententia, §. XXXV. III. Periphrases Legum, genuinum earum sensum contra communem opinionem, ostendentes, §. XXXVI. videlicet periphrasis Legis ult. de fidei. tut. §. XXXVII. Legis 4. pr. & §. 1. eod. tit. §. XXXVIII. Legis 1. eodem §. XXXIX. Legis 4. de magistr. conv. §. XL. Legis 6. eod. §. XLI. Legis 1. Cod. de hered. tut. §. XLII. Legis 2. Cod. eod. §. XLIII. Legis 3. Cod. eod. §. XLIV. Legis 4. Cod. eod. §. LXV. Legis 17. Cod. de negot. gest. §. XLVI. VI. Fundamenta quibus in periphrasibus usi sumus; (1) differentiam insignem esse inter actionem tutelae & de magistratibus conveniendis intuitu heredum, nec ab una ad alteram esse argumentandum. §. XLVII. (2) Nullam rationem esse, cur heredes tutorum non debeant prestare culpam levem defunctorum, & ridiculum esse, leges in dubio ita explicare, velle, ut nulla ratio dari possit, §. XLVIII. (3) Rationes peculiare cur heredes magistratuum non teneantur de culpa ipsorum §. XLIX. Opinioni nostrae obesse efficaciter praxin, §. I.

§. I.



Volent Candidati selectam materiam quæ-
re, in qua, dum Specimen inauguralè
cedere volunt, ingenii vires exercent.
Mihi festinanti & temporis penuria impe-
dito, tale thema eligendum fuit, quod non
vulgare quidem esset, sed quod etiam non
diuturnas & diffusas meditationes requireret. Audi-
vi autem, talia themata non diu quærenda esse, sed ita re-
pletam esse Jurisprudentiam nostram assertionibus falsis
aut dubiis, quamvis communibus, ut post nonngentos
nonaginta novem commentarios in institutiones & pan-
dectas vel in singulis titulis multa occurrant, quæ quis
contra vulgares explicationes non vulgariter differere
possit. Incidi igitur in *titulos ff. & Cod. de heredibus tu-
torum*, & miratus sum, qui factum sit, ut secundum com-
munem doctrinam heredes tutorum actione tutelæ con-
venti non eandem culpam præsentent, quam præstant ipsi
tutores, cum tamen secundum regulam juris, & ratione
aperta, (quod heres succedat in universum jus & onera
defuncti,) subnixam, & perspicuo textu *l. 2. §. 2. de V. O.*
fundatam, ex persona heredum conditio obligationis non
debeat immutari.

§. II.

Cum itaque Jurisprudentia nostra, quatenus sana est,
debeat simul rationalis esse, & indicium supinæ ignoran-
tiæ sit, si JCtus in reddendis rationibus legum recurrit
mox ad famosam legem *non omnium ff. d. LL.* exacta di-
ligentia inquisivi apud Dd. quænam sit ratio hujus ex-
ceptionis a Regula. Sed dum id ago, & Autorem cum

Autore, ac leges ab ipsis allegatis cum legibus confero, magis dubius a lectione recessi, quam accesseram, ita nihil solidi proferunt, sed sapius aperte falsa asserunt, ita plerumque dubia gravissima vel prætereunt, vel superficialia diligentia resolvunt, ita denique aliquando aperte satis 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 tutelæ obtinet. Forte antiquus aliquis interpret errorum commisit in explicatione textus, quem postea communis Doctorum schola solito more ut ducem cæcum incaute secuta est: Cogitavi tamen simul: Forte etiam tu, dum hæc cogitas, errorem committis; forte stupiditas tua in causa est, ut subtilitas distinctionum quibus Doctores in tractanda hac quæstione utuntur, caprum intellectus tui superet. Nam quis tu es, qui audes, tot viris eminentibus & famigeratissimis contradicere, qui putas, quod tuus oculus 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 a cogitationibus memet hinc inde rapientibus, descripsi leges singulas de hac quæstione vel diserte agentes, vel eandem illustrantes, ut uno quasi conspectu perspicere potuerim, an unanimes ICtorum & Imperatorum de ea fuerit sententia, aut an forte
ICti

ICti pro diversitate Sectarum vel pro libertate sua circa easdem diffenserint, aut an fortè sententia ICTorum in Codice ab imperatoribus fuerit correctà, ut adeo interpretes primævi, inaniter persuasi, nullas dari in jure Iustiniæ Antinomias, distinctionibus suis subtiliter excogitatis; crucem sibi & aliis fixerint, & ita rem in se planam & perspicuam inepra 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 factò tutoris conventi, quod si vero ex factò proprio conveniantur, præstent saltem dolun & 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 factò tutorum conventis, cum tamen Imperatori id nequaquam venerit in mentem. Quo absurdo semel admissò & autoritate Glossatorum ad posteros propagato, putarunt etiam postea viri de emendanda & purganda a fordibus Glossatorum Iurisprudentia alias maxime, & sæpe nimis, solliciti, textus reliquos veriorum sententiam plusquam semel inculcantes, ex ista falso exposita lege Codicis esse exponendas, & vel contortis quibuscunque explicationibus eidem aptandos.

§. V.

§. V.

Hoc pacto vero non opus erit, ut sollicitus sim, de methodo, qua in præsentî 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 Iuris huc apponam, additis interim observationibus quibusdam extemporaneis iisque brevissimis, tum ut excerptam varias diffensiones interpretum, iisque statim Iudicium 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 a ICTis, quorum meditationes in Pandectis referuntur. Ubi deprehendo statim, quod Paulus lib. 18. ad Plautium in l. 49. de O. & A. ita differat: *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 ICTos forte dubitarum fuisse, an tutela actio ratione doli a defuncto tutore commissi ad heredes transeat. De culpa levi primario non subfuisse dubitandi rationem.

§. VII.

Ejusdem Pauli est l. 8. de fidejuss. tutorum ex lib. 9. *Responsorum: Heredes ejus, qui non jure tutor vel curator datus, administrationi se immiscuit, dolum & culpam præstare non de-*

debere. Paulus respondit, tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non invenisse. Nam cum ex omnibus bonæ fidei iudiciis 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 & pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur. Hic noto, ex verbis: tale iudicium 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, etiam ab aliis passim sit ostensum, Paulum & Ulpianum sæpissime 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 contractibus, ait, successores ex dolo eorum quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum tenentur, hoc est unusquisque pro ea parte, qua heres est; Sed cum Ulpianus hic nullam mentionem faciat tutelæ, inquiri propiores textus.

B

§. IX.

§. IX.

Hic autem mox se offert *l. 4. pr. & §. 1. ff. de fidejussor, & nom. defumta ex Ulpiani lib. 36. ad Edictum.* Cum ostendimus, inquit, heredem quoque tutelæ iudicio posse conveniri; videndum an etiam proprius ejus dolus vel propria administratio veniat in iudicium, & extat Servii sententia existimantis, si post mortem tutoris, heres ejus negotia pupilli gerere perseveraverit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit & consumserit, vel eam pecuniam, quam tutor stipulatus fuerat, exegerit, tutela iudicio eum teneri suo nomine. Nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo jurare in litem, apparet eam iudicio tutela 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 detur, quo data fuit in tutores, & factem quaestionem illam ventilare tanquam dubiam, quomodo conveniatur heres ex facto proprio. Neque præsumendum est, si forte in præcedentibus Ulpianus peculiariter, 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. Disputationem in l. 4. d. t.* comparat heredes tutorum & magistrat.

gistratum. Non similiter tenentur heredes magistratum, ut ipsi tenentur. Nam nec heres tutoris negligentia nomine tenetur, nam magistratus quidem in omne periculum succedit: heres ipse dolo proximæ culpæ succedaneus. Hanc legem si cum ea, quam præcedente paragrapho retuli, confero, statim observo, nullam causam esse, ut verba Ulpiani hic posita: Nam nec heres tutoris negligentia 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. eod. 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 omitteret: æquum est, haberi cum loco fidejussoris, ut heres ejus teneatur, si vero cavet & tunc idonei fuerunt, & postea desierunt, sicut & ipse magistratus probe recusaret hanc actionem, ita & heres multo justius. Novissime non alias ait in heredem actionem, dandam, quam si evidenter magistratus cum minus idoneis fidejussoribus contrahunt. Ex hac lege jam saltim in genere noto: Et si in præcedenti lege Ulpianus heredes tutoris & heredes magistratus compareret, comparisonem tamen non esse omnimodam, sed hanc legem ostendere, dubitatum fuisse inter Ictos, an actio contra magistratus plane danda sit contra heredes eorum, qualis dubitatio in negativam inclinans nunquam

fuit aut commode esse potuit circa quaestionem, an actio tutelae 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 quaestionem affirmans, negantem vinceret, cum contra secundum legem Pauli §. 7. adscriptam in quaestione 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 tubitandi, quae negavit, heredes magistratum non esse conveniendos.

§. XII.

Restat adhuc una lex in titulo *de fidejuss.* & nom. eaque in ordine I. exscripta ex Pomponii *Lib. 17. ad Sabinum.* *Quamvis, inquit, heres tutoris tutor non est, tamen ea quae per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitima aetatis & masculus sit, explicari debent, in quibus dolum ejus admitti potest. Quod penes tutorum fuit, heres quoque ejus reddere debet. Quod apud pupillum is reliquerit, si heres caput, non quidem criminis caret, sed extra tutelam est utili actione hoc reddere compellitur.* Hic video saltem agi de dolo ab herede ex facto proprio praestando, ergo ex hac lege nihil exculpi posse pro communi sententia, quod heres saltem dolum tutoris, non vero culpam levem praestare 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 lata culpa comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratiæ 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 torquendæ 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 tutela 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, quemadmodum supra in §. 7. Paulus non obscure asserbat, judicia tutelæ eodem modo in heredes transmitti, quo da-

bantur 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. cod. 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 judicium autem veniet etiam id, quod tibi tutor ex causa fidejussionis debuit.

§. XVI.

Magis pro nostra sententia videtur facere *lex ultima cod. 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*

C. de magistrat. conven. etiam aliquid de heredibus Magistratum: *In heredes*, inquit, *magistratus, cuius 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 quaestionis nostræ quandoque soleret afferri & præterea etiam aliquo modo illustraret textus Ulpiani §. 10. & 11. relatos.

§. XIII.

Solet etiam ex titulis Codicis *de negotiis gestis l. 17.* quæ *Diocletiani & Maximiliani* est in quaestione præsentis à Doctoribus allegari, quam & ipsam apponemus: *Curatoris etiam successores, negotiorum gestorum utili conventos actione tam dolum quam talem culpam præstare debere, nec ad eas officium administrationis transire, ideoque nullam alienandæ eius res adultæ potestatem habere convenit.* Hic observo, etsi verba admittant, ut hic textus tam de heredibus curatoris ex facto curatoris conventis, quam de iis, qui ex gestione propria conveniuntur, exponatur, nullam tamen rationem urgere, cur prior explicatio præferatur posteriori, præmissis cum posteriorem suadeat, 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
COS

eos cæco impetu sequuntur. Et hic quidem uti conveniens est, ante omnia originem opinionis in Glossatoribus quærere, 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. curatoris 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 poterunt, 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. *Actio ait, l. 13. Observ. c. 39. aut ex delicto nascitur, aut*
ex

ex contractu. Scio esse vulgatum: actione ex delicto defuncti, heredem in solidum non teneri, ex contractu teneri, licet in ea delictum vertatur, veluti dolus malus aut lata culpa. (Ego vero scio, hoc non esse vulgarem opinionem Doctorum, sed fundari in claris textibus supra §. 6. & 8. descriptis, quos videtur tum temporis ignorasse Cujacius, quia ad eos hic plane non respondet. Igitur habuit pro errore interpretum.) Sed repugnare l. C. de hered. tut. si modo detracta negatione in ea sicut est in Basilicis legas hac modo. *Heredes tutorum ob negligentiam, que lata culpa comparari possit, condemnari non oportet. Basilica, τὸς ἄλλοθενεὺς τῆ ἐπιτροπῆς ἀπὸ μεγάλης ἀμελείας ἔ προσήκει ναρκαδικῶς εἶδεναι.* 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 διασολῆν scilicet negligentiam defuncti, que 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 eoque causam hac in disputatione ago, sed nego consequentiam.) Et in l. 4. D. de mag. conven. de negligentia heredis propria agitur, dum ait heredem tutoris negligentia nomine non teneri, ut ostendat scilicet, pleniorē 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,

C

inde

inde inferri, heredem tutoris de dolo tutoris non teneri.)
Sed quia in ea lege heres tutoris comparatur heredi magi-
stratus. (Quid fidicamus, non comparari? sed saltem Ul-
 pianum instantiam dare voluiss teacitæ objectioni: actio-
 nes contra heredes eodem modo dari, uti contra defun-
 ctos? 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 extendendam, quorsum ex tendit Cujacius.) & *here-*
dem magistratus proditum est non teneri ex culpa defuncti non
magna, non lata l. 2. C. cod. videtur ergo nec ex sua nec ex de-
functi culpa levi heredem tutoris teneri, nisi & negati-
onem sustuleris ab ea l. 2. C. de hered. tut. eadem enim ubique
tollendæ ejus ratio subest. (Et quia ostendimus priorem rati-
 onem esse frivolam, simul ostendimus & hanc talem esse.)

§. XXI.

Pergit Cujacius ibit: *Et secundum hæc tentari potest* (sed
 postquam præcedentia rejecimus, non opus est, ut de hoc
 tentamine valde sumus solliciti,) *ex dolo aut lata culpa de-*
functi heredem non teneri, licet actio veniat ex contractu &
rei persecutione id est non ex quolibet dolo, non ex qualibet la-
ta culpa, nisi ut est in d. l. 1. lucrum ex damno ejus, quocum con-
traxit defunctus, captaverit, licet id non pervenerit ad here-
dem, (Forte igitur cogitavit Cujacius de l. 157. §. 2. de R. I. tan-
 quam sibi obstante, quia his verbis, etsi satis obscure,
 videtur conciliare voluisse sententiam suam cum illa
 lege,) & *nisi lucrum ex ejusdem damno gratia ductus alii*
praesiterit. Exceptiones due sunt, una doli exemplum

continet, altera latae culpae 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,) quae 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, illis dundaxat casibus locum habet, cum lucrum ex damno alieno captatum aut gratia praestitum est, 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 (At hoc veluti exulare debere, etiam secundum observationes ipsius Cujacii jam notavit Gorhoffredus ad h. l.) cum testator dolose versatus sit & ad heredem ejus nihil ex dolo eo pervenit.

§. XXII.

Cum ergo ut notavimus ista Cujacii parum cohaererent, 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 JCrus 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, verissimum 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 βασιλικάν, 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, qua heredem tutoris ait, non teneri negligentie 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 comparatur (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, ita consequens (Non est consequens per modo dicta, & quæ ulterius infra dicentur in ostendendo differentia inter actionem tutelæ, & de magistratibus conveniendis, quando de heredibus eorum sermo est, (huic comparationi consentaneum 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 prestare, 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. a qua detrahende negationis, quia nul-

nullum autorem habemus certum, nec detrahimus igitur, maxime cum quia & quasi pœnalis 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. cod. 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 careri 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. i. de herede tutoris dicuntur, non dici exemplo heredis magistratus) igitur heredis Magistratus recte ait d. l. i. & 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 transmittitur 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 proæut dubio heres tenetur, licet ad eum nihil pervenerit juxta regulam l. ad ea §. ult. de R. J. Propositio d. l. i. hæc est, heredes non teneri ex non lata culpa tutorum (Falso: agit enim lex i. de culpa levi ipsorum heredum) Exceptio una: Nisi ex causa non late culpæ (hæc vero verba, quæ in lege sequuntur, non sunt exceptio, sed de-

declaratio) *lis contestata cum tutoribus fuerit. Clausula vero huic exceptioni subiecta, his verbis, neque ex damno pupilli &c. non exceptioni, (Si Cujacius & præcedentia verba legis non habuisset pro exceptione, non incidisset in erroneam expositionem Glossatorum.) sed explicatio est superioris propositionis, quæ non latam 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, etiam si nihil ad eum pervenerit. Lucro non captato & incolumi patrimonio pupilli, heres ad quem nihil pervenit ex dolo vel lata culpa tutoris non tenetur puta, si dolose versatus si citra damnum pupilli, (Certus sum Cujacium ipsum non intellixisse, 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 pupillus nullum damnum passus sit? An quispiam in ullo contractu præstat dolum vel culpam, per quam alter non est læsus?) si dulus ei suus malitiæque sua mala nihil profuerit §. aliquando instit. de perpet. & temp. act. nam & heredes ejus cum qualis contestata non est, placet non teneri pœnali actione, veluti furti vel injuriarum, aut mixta quatenus pœnam persequitur veluti vi bonorum raptorum vel damni injuria, non pœnali, inquam, etiam si quid ad eos pervenerit, non mixta, nisi quatenus ad eos pervenerit ex dolo defuncti, non excepta actione vi bonorum raptorum, quæ etsi edicti verbis non tenet de eo, quod pervenit, dabitur tamen non inutiliter, cur vero, nisi quia actione pœnali actor non persequatur rem, quæ sibi abest, sed extra rem pœnam, in quam innocen-
 tem*

sem 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 cum intellexisse, & respondere: Tò ita hic positum, ab actionibus ex delicto ad actiones ex contractu male inferre.) actione veniente ex contractu ob dolum malum defuncti heredes teneri, si neque adeos, neque ad defunctum quidquam pervenerit, i. e. si ob eam rem nihil ex actoris patrimonio absit. Regulariter heredes tenentur ob dolum defuncti, quoniam vix dolo dolatur quidquam sine detrimento alterius, & aliquando tantum non teneri dicuntur d. §. aliquando, nempe si quando forte dolum adversarii actoris rebus nihil abstulerit. (Apparet igitur Cujacium ex nimio studio explicandi istum §. Instit. ad has ineptiarum angustias esse redactum. Si vero inspexisset l. 1. §. 1. depositi eo non pervenisset.)

§. XXIV.

Non diu post, quam Cujacius istud novum suum inventum de dolo tutoris ab 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. Observ. c. 22.* Quæ admodum facilius est, aliorum navos videre, quam proprio 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 dolum arguitur, multo magis teneri eum convenit, ubi dolum ejus versatus est l. hoc jure 12. §. 2. D. de R. J. Sed tamen non similiter ex utroque tenetur. Nam ex causa negotii contracti (veluti commodati, depositi, tutela,) tenetur in solidum, hoc est, etiam supra vires heredita-*

tus.

tus: propterea quod onus est hereditarium: actio inquam hereditaria est, quæ ex persona defuncti initium sumit, quare si ex asse heres est, in solidum tenebitur; 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, quæ 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 sic torquere, 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 l. penult. D. de dam. 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 committimus & ad ea properamus, quæ de heredibus tutorum habet.

§. XXV.

Hec cum ita sint, inquit, videamus de tutorum heredibus quid statui conveniat, nam tutores quidem ex levi culpa teneri, & tantam diligentiam præstare, quantum vel ipsi vel alii patresfamilias in suis rebus adhibent, constat ex l. 1. D. de tut. & rat. distrab. & l. 33. D. de administ. tut. Cum autem queritur, cujus culpe nomine eorum heredes teneantur, indistincte respondetur, eos lata tantum tutorum culpa nomine teneri: negligentie 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
1150-

tutorum culpa in l. 4. D. de magistr. conv. (Ad hanc vero l. 4. quæ Hotomannum hic se duxit, 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 contractibus 49. D. de O. & l. ult. D. de fidejuss. tut. sed tamen eatenus duntaxat, quatenus ad eos pervenit ut jam superius diximus (reclamante videlicet l. 157. de R. I.) idque etiam apertissime (nil minus) traditur in l. 1. C. de her. tut. Heredes tutoris, inquit, ob negligentiam, qua non lata culpa comparari possit, condemnari non oportet: Quod quisvis latine doctus (sed latine doctus ibi nihil deo 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 ipse sine ratione addet, cum textus id non habeat, nec ulla ratio postulet) culpam condemnari oportet: ob levem non oportet. Nam in l. ult. ejusd. tit. dilucide traditur, heredes ob non administrata, qua 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. Quæ cum tam perspicue & inter se & cum juris ratione consentiant, non dubitabo repudiare & illam nuper (a Cujacio videlicet) proditam Græcorum interpretationem, qua latinam legem corrumpit: τὴν ἀληθινὴν τῆ ἐπιτροπῆς ἀπὸ μεγάλων ἀμελείας ἢ προσήκει νομοθετικῆς εὐδαί: Et particulam Non in eadem l. 1. retinere: Non tam Doctorem omnium, qui eam legem sic interpretati sunt auctoritatem secutus, quam ipsam juris rationem ac veritatem. Quam etiam hoc argumento confirmabimus. Certum est heredibus tutorum comparari (Imo certum est, per aliquoties dicta, eam com-

D

pa-

parationem vel ibi non institui, vel non esse valde extendendam. Interim verosimile est, si quis hæc verba Hotomanni conferat, cum iis, quæ ex Cujacio descriptimus §. 22 hanc Hotomanni observationem occasionem 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. tit. his verbis: In heredes magistratus cujus non lata culpa idoneè 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. aperissime scripserit, heredes & successores curatoris latam ipsius (Atqui hoc ipsius etiam non extat in d. l. 17. vide supra §. 18. & docebimus infra, non debere subintelligi) culpam prestare? Atque 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 iurisprudencia alias egregie meritis. Hic lib. 1. conj. c. 12. Juris Civilis, dicit, regula est, ex contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, sed in solidum teneri l. adea 157. §. ult. de R. I. l. ex depositis, 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 diximus 16. §. ult. quod met. caus. l. si hominem. 7. §. datur. deposit. Sed & in quasi contractibus eè

regula locum esse intelligimus ex l. 1. C. de hered. tut. ubi quod scriptum est, heredes tutorum ob negligentiam, qua non lata culpa comparari possit, condemnari non oportere, satis ostendit, ob eam igitur qua lata culpa sit, doloque comparari possit, condemnari debere. Quomodo & in l. 2. C. de magistr. conven. ex eo quod Imperator Alex. rescribit, in heredes Magistratus, cujus non lata culpa doloque factum est, ut pupillo idoneus tutor datus non sit, in solidum teneri.

§. XXVIII.

Atque ita omnino, sic continuat, sentiendum est. Nam quod placeat nonnullis (id est Cujacio) in d. l. 1. C. de hered. tut. negatione sublata legendum esse, heredes tutorum ob negligentiam qua lata 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 negligentia, qua lata culpa comparari potest. Nam de levi tutoris culpa heredem non teneri, idem Ulpianus ait in l. 4. eod. ubi manet nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri, nisi ex ea qua similis sit culpa dolo proxima. Dixi ex defuncti negligentia, ut eos resellam 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 Jctus heredem tutoris similem diceret (Atqui nusquam hoc dicit Ulpianus, ut jam notavimus §. 20.) magistratus heredi, cujus negligentia propria nulla esse potest. Parum etiam accommodate subjiceret, heredem dolo proxime 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 proxime, id est levis, eum succedaneum non esse. (Scilicet in administratione propria) Nec ad rem pertinet, quod in l. 4. de fidejuss. tut. scriptum est. Negli-

gentiam propriam heredi non imputari. Idem non quomodo iurant 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, (qualis dubitatio: Heres defuncti convenitur de dolo proprio, & ex eo etiam juratur in litem, ergo conveniendus etiam est ob negligentiam propriam. Hæc dubitatio Domitiana est:) contra quem tamen ex ipsius tutoris dolo non jurari eadem illa lex non obscure significat. Denique generale est, ut ex proprio magis & facilius quam ex alieno facto quis teneatur.

§. XXIX.

Tum accedit ad fusiorem explicationem d. l. i. de hered. tut. In ea, dicit, primo regula constituitur, quam diximus, ut ex negligentia que non lata culpa comparari possit, tutor um heredes non condemnentur. Tum subjicitur, condemnari tamen tribus casibus, si contra tutorem lis inchoata sit, si ex damno pupilli lucrum captotum, si gratia prestitum 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 ostendimus 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 que 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 dolusve defuncti in per-

persona heredis coërceatur. Atqui exceptionem de regula esse debere, fortasse inquires. Verum respondebo, his verbis, si non contra tutorem &c. non tam exceptionem quam interpretationem regule 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 pœnalis actiones ab utraque parte transmittantur & temporales perpetuentur l. ult. de fidej. tut. At si ex damno pupilli lucrum captatum, vel etiam gratia præstitum sit: quibus duobus casibus cum in dolo tutor sit, vel saltem ejus culpa conscius: quæ dolo non male comparetur, juris ratio facit, ut ex ipsius persona in solidum heres conveniatur. Nec recte probare possit, heredem tutoris ex ipsius contractu de levi culpa teneri debere, quia ipse tutor teneretur: malam enim esse ratiocinationem 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 similiter teneri heredes magistratum & tutorum, ut ipsi magistratus tutoresque tenentur.

§. XXX.

Vides itaque, quam se torqueant Doctores, etiam eruditiones, 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 con-

tentos fuisse errorem semel propagatum propagare ulterius. Reassumit equidem hanc controversiam acutissimus Bachovius in *notis ad Treutl. Vol. 2. disp. 9. th. 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 §. *preced.* movebat, de ultimis duabus exceptionibus *l. i. C. de hered. Tut.* alio modo solvere intendat. Sic enim ait *d. l. p. 490.* Sequitur in *d. l. i. C. de hered. tut. neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia præstitum sit.* Quæ verba revocantur sub hanc exceptionem, nisi tutor in administratione tutelæ 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, variis 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. J.* etiam actio tutela propter dolum defuncti in heredes dabitur, quasi culpa levis sola fuisset locum non habuisset. Cum autem ut jam dictum, detur qualis est, fiet hinc, ut licet & dolo institutam propter qualitatem naturalem, levis quoque culpa veniat: & ita in casu admissi à tutore doli etiam levis culpæ nomine heredes condemnentur, atque ita verba *d. l. i. neque ex damno pupilli* &c. tanquam exceptio sub regulam, quod ob levem culpam tutoris heredes non condemnentur, poterunt referri: (Poterunt etiam referri, sine hac tortu-

tura) 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 que non male disputant cit. loc. Sverin. Hotom. & Ant. Faber.

§. XXXI.

Etsi vero hac expositione d. l. 1. non parum sibi placeat Bachovius, displicuit ea tamen nihilominus Virico 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: deinde, si regula ejus procederet, non esset tamen ei locus in judicio generali, quod multis articulis factorumque discrepantiis constat. In uno factio defunctus latam admisit culpam, in alio levem, una actione tutela. De prioris factio tenetur, heres, de posteriori genere non tenetur. Verum igitur non fit, quoties tutor lata culpæ 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 fati 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.

§. XXXII.

Ita videlicet ista doctrina ad eum per Præceptorem suum Johannem Jacobum Wissenbachium erat traducta. Hic enim & ad ff. disp. 53. th. 4. & ad tit. C de hered. tut. vel curat. communem istam sententiam repetit, & fuscè ex Cujacio, Hotomanno, ac Fabro declarat, simul vero refutare intendit ex iisdem eos, qui putant *l. i. C. de hered. tut.* de propria heredum culpa exponendam esse, ita, ut simul statuant heredes tutorum de levi culpa tutorum teneri. Fateor, me valde gavisum 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 auctoritate Virorum Clarorum corroboraretur. Postea tamen deprehendi, omnem laborem esse inanem, & Wissenbachium verosimiliter neminem in mente habuisse præter ipsum Cujacium, & quæ supra §. 20. ex eodem excerptimus, 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 Præsidis notas ad Strauchium & Huberum. Nihil novi deprehendimus, quam communem sententiam hæcenus sufficienter ex Cujacio, Hotomanno, Fabro, Bachovio explicatam; nisi quod Brunnemannus ad *l. i. ff.*

ff. de fidejuss. tut. novam controversiam notet ad doctrinam de heredibus tutorum pertinentem. *Heres*, inquit, *tutoris*, si mas sit & perfecta ætatis, *compellentus est perficere ea, quæ a tutore inchoata, quod hic Gothofr. 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. Brunemannus faciat ad expositionem *l. 1. ff. de fidj. tut. supra §. 12.* allata, e re erit, textus etiam ab ipso allegatos huc apponere. Primo Hermogenianus in *l. 2. si tutor appell. ita differit: Tutor vel curator retentus si provocaverit, & ante causam actam moriatur: propter periculum mediæ temporis, successores ejus causas appellationis necesse habent reddere. Tum vero Macer. l. 1. §. 1. si pendente appell. sic statuit: Tutor quoque in negotio pupilli appellatione interposita si decesserit, heredem 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. Ist C. G. euren Eheveibzum Vormunden verordnet worden, und hat sich darauf solcher Vormundschaft angemasset, und von bemeldtes seines

E

nes

nes Mündlings Gelde 10. Gülden in seiner Verwahrung
gehabt; Als aber die unlängst zu Annaberg entstandene Feu-
ersbrunst auch gedachtem Vormund mit betroffen, seynd des
Mündlings Gelder in solchen Brande wegkommen 2c. So
seynd seine Erben, ungeachtet daß er, der Vormund, sein eigen
Geld in selbigen Brand weggelehet, solche 10. Gülden zu er-
statten nicht schuldig, B. N. W.

§. XXXVI.

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

§. XXXVII.

Ergo ab altero textu Pauli §. 7. *ex l. 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, atque is quæstionem suam à Triboni-
ano non relatam integre, his verbis finierat: HEREDEM
EJUS, QVINON JURE, h. e. à magistratu non compe-
tente, vel simili modo tutor vel curator datus est, & ADMI-
NISTRATIONI SE NON IMMISCUIT cum hic ipse
tutor at nihil teneatur, *l. 12. §. 12. de excus. tut. l. 1. C. de testam.*
tut. l. 5. C. qui daret tutores. DOLUM ET CULPAM PRÆ-
STARE NON DEBERE, atque hanc rationem etiam
pro se allegandam esse putabat. PAULVS observans, quæ-
rentem in his verbis ultimis inepta posuisse, cum stultum
sit asserere, heredes tutoris, qui nullum dolum vel cul-
pam

pamadmisit, dorum tutoris vel culpam non præstare de-
 bere, istam rationem silentio præterit, ad quæstionem
 autem ipsam propositam sic RESPONDIT: TALE JU-
 DICIIUM tutelæ IN HEREDEM TUTORIS, sive aga-
 tur de dolo sive de culpa, TRANSFERRI OPORTERE,
 QVALE DEFUNCTUS SUSCEPIT vel suscipere de-
 buit, cum ex persona heredis in contractibus conditio ob-
 ligationis non debet immutari *l. 2. §. 2. de V. O.* Atque
 HOC generale axioma EO PERTINET, UT in propo-
 sito casu NON EXCUSETUR HERES quærens, eti-
 am SI insuper DICAT, SE INSTRUMENTA TUTE-
 LARIA v. g. inventarium, item documenta pupilli,
 plane NON INVENISSE, sed eadem a defuncto tutore
 dolo malo esse sublata, adeoque se quoque injusta ignoran-
 tia versari. NAM posito etiam, quod tutor hæc omnia
 dolo malo fecerit, CUM tamen EX OMNIBVS BONÆ
 FIDEI JVDICIIS PROPTER DOLVM DEFVNCTI
 HERES TENEATUR, IDEM haud dubie PUTO OB-
 SERVANDUM esse ET IN TVTELÆ ACTIONE, ut
 quæ & ipsa ad judicia bonæ fidei pertinet. SED &, quod atti-
 net ignorantiam, ad quam quærens provocavit, poterat insti-
 per ille etiam id allegare, quod CONSTITVTIONIBVS
 Imperatorum SVBVENTVM EST IGNORANTIÆ
 HEREDVM: verum & HOC TAMEN ipsi parum prode-
 rit, quia id TVNC saltem OBSERVANDVM EST, CVM
 POST MORTEM TVTORIS HERES CONVENIA-
 TVR ex factoproprio, (*l. 4. §. 1. h. t.*) NON si con-
 veniatur ex factio tutoris, multo minus, ut ex quæstione
 proposita apparet, SI jam LITE CONTESTATA TV-
 TOR DECESSERIT: NAM LITIS CONTESTA-
 TIONE ET POENALES ACTIONES ex delictis aut
 contractibus venientes, TRANSMITTUNTUR ad he-
 re-

redes AB VTRAQVE PARTE, ET TEMPORALES
PERPETVANTVR.

§. XXXIIX.

Jam sequantur textus Vlpiani. Primus quem supra §. 9. reculimus ad titulum de heredibus tutorum perrenens est *l. 4. pr. & §. 1. h. r.* CVM in precedentibus OSTENDIMVS, HEREDEM QVQVE ex facto tutoris TUTELÆ JVDICIO, tam de dolo, de quo quidam dubidabant, quam de culpa, de qua nulla erat ratio dubitandi, POSSE CONVENIRI: VIDENDVM jam erit, AN ETIAM PROPRIVS EJVS DOLVS VEL PROPRIA ADMINISTRATIO VENIAT IN IVDICIVM tutelæ, ita ut quemadmodum in reliquis contractibus v. g. locationis conductonis, emtionis venditionis &c. heredes etiam de factis propriis conventi eandem culpam præstant, quam ex iis contractibus præstabant eorum antecessores, ita & idem sit dicendum in tutela, ut heredes ex facto proprio æque teneatur non solum dolum præstare, sed etiam negligentiam in administratione 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 mandatarii, quia utrobique industria personæ est electa. Igitur videtur prima fronte hæc quaestio plane esse inanis. Quoniam tamen certis casibus tenetur heres negotia à defuncto tutore cepta continuare, aliud dicendum est. ET EXTAT SERVII SENTENTIA, EXISTIMANTIS, SI POST MORTEM TUTORIS HERES EJVS NEGOTIA PVPELLI jam cepta, GERERE PERSEVERAVERIT, AVT etiam IN AR-
CA

CA TUTORIS PUPILLI PECUNIAM INVENERIT, ET sciens, vel subina plane & non facile præsumenda ignorantia, aut etiam quocunque modo nesciens, CONSUMSERIT VEL EAM PECUNIAM, QUAM TUTOR in rem pupilli STIPULATUS FUERAT sive scienter sive ignoranter EXEGERIT, eaque apud ipsum extet vel eam simili modo consumserit, TUTELÆ JUDICIO EVM TENERI SUO NOMINE. Quod uti in casibus ubi per pecuniam pupilli locupletior factus est, nullum habet dubium, ita in reliquis, ubi dolus ejus intervenit, etsi heres accurate loquendo non teneatur ex contractu, tamen etiam actiones quæ non sunt ex contractu adversus heredem, dantur de dolo proprio. NANCUM v. g. PERMITTATUR ADVERSUS HEREDEM EX PROPRIO DOLO JURARI IN LITEM, quod juramentum maxime in actionibus realibus locum habet, APPARET etiam, EVM & JUDICIO TUTELÆ utili TENERI EX DOLO PROPRIO. Sed tamen in administratione propria ulterius quam de dolo non tenebitur. & NEGLIGENTIA PLANE PROPRIA aut ignorantia non subina (*vid. §. præced.*) HEREDI NON IMPUTABITUR, multo minus ad diligentia 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 cepta 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 Vlpiani statim legem parallelam Pomponii *l. 1. ff. de fidejuss. tut.* descriptam *supra §. 12.* QUAMVIS HERES TUTORIS TUTOR NON EST cum tutela morte finiatur, & non transeat ad heredem; TAMEN EA QUÆ PER DEFUNCTVM tutorem INCHOATA SVNT, ubi videlicet periculum in mora est, sive sint negotia extrajudicialia, sive judicialia (*vide supra §. 33.*) PER HEREDEM, SI modo LEGITIMÆ ÆTATIS ET MASCVLIS SIT, EXPLICARI & continuari DEBENT, donec pupillo de alio tutore prospiciatur, (quod extra ordinem ob utilitatem pupillorum constitutum est.) IN QVIBVS DOLVS EJVS ADMITTI, id est, si quid dolo admittat, actione tutelæ coërceri POTEST. Porro etiam QVOD PENES TUTUREM FVIT, & sic ad heredem pervenit, absque dubio HERES QVOQVE EJVS etsi ignoranter id acceperit, REDDERE DEBET. Illud autem QVOD APUD PVPILLVM aut inter res pupilli IS RELIQUERIT, SI HERES sciens CAPIAT, NON QVIDEM CRIMINE CARET & heredem pupillo obstringit, SED tamen EXTRA TUTELAM ejusque actionem directam EST, ET itaque VTILI tutelæ ACTIONE heres HOC REDDERE COMPELLITUR.

§. XL.

Redeamus ad Vlpiani leges & quidem ad *l. 4. de magistr. corr. (v. sup. §. 10.)* Etsi ex constitutionibus heredes tamen SIMILITER TENENTVR HEREDES MAGISTRATVVM, ET IPSI TENENTVR. NAM etsi quis urgere velit, actiones personales adversus heredes

eodem modo dari, ubi dabantur aduersus defunctos, non tamen id universaliter verum est, quia NEC HERES TUTORIS 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. negligentiae quoque nomine tenetur, si non exegerit satisfactionem aut non exegerit sufficientem, (*Gothofr. hic*) HERES autem IPSIUS solum doli, & DOLO PROXIMÆ CULPÆ h. e. latae, quæ dolo inest, (non levis ut putat Paulus Voetius *ad Inst. tit. de satisfat. tut. §. 2. n. 4.*) succedaneus est, si videlicet magistratus in exactione cautionis plane supinus fuerit.

§. XLI.

In *l. autem 6. ff. eod.* (*vid. supra §. 11.*) Ulpianus id vult. Quemadmodum de magistratu ipso, an ob neglectam cautionem a pupillo conveniri possit, olim dubitatum fuit, in tantum, ut oratione Trajani S^Cto confirmata demum actio hæc subsidiaria fuerit inventa, (*Paulus Voetius d. l.*) ita & similis dubitatio fuit orta, QUOD AD HEREDEM MAGISTRATUS PERTINET. Quia nimirum actio aduersus magistratum magis ex delicto ejus descendit, quam ex contractu. Tales autem actiones ne quidem quoad dolum aduersus heredes transeunt. Sed & hic Imperator constitutione dubium resolvit. EXTAT enim DIVI PII RESCRIPTUM, CAUSA COGNITA super gradu videlicet negligentiae magistratus, DEBERE DARI ACTIONEM. NAM MAGISTRATUS, SITANTA FUIT NEGLIGENTIA UT OMNEM

NEM CAUTIONEM OMITTERET culpa nimirum dolo proxima vel omnino dolose, AEQVVM EST visum Divo Pio, heredem teneri. Ut vero dubio de actionibus ex delictis non transeuntibus ad heredes reorum satisfieret, finxit Imperator, ac si contractus quidam intercessisset, & voluit adeo, HABERI EVM magistratum sic supine negligentem LOCO FIDEJVSORIS, VT HERES EJVS de hac negligentia TENEATVR: At hac 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 TVNC fidejussores IDONEI FVERVNT, ET POSTEA tales esse DESIERVNT; SICVT ET IPSE MAGISTRATVS PROBE RECVSARET HANC ACTIONEM, ideo, quia probe gessit officium suum, ita ET HERES ejus haud dubie MVLTOTO JVSTIVS actorem repelleret. NOVISSIME JCI rescriptum hoc Divi Pii applicarunt etiam ad heredem magistratus non idonee caventis (*arg. §. 2. Inst. de satisd. tut.*) non tamen & hic ultra dolum & culpam latam. Nam NON ALIAS, AIT Vlpianus, IN HEREDEM ACTIONEM esse DANDAM, QVAM SI EVIDENTER MAGISTRATVS CVM MINVS IDONEIS FIDEJVSORIBVS CONTRAHVNT.

§. XLII.

In textibus Codicis praeripimus opera danda erit, ut l. 7. C. de hered. tut. supra §. 13. descriptam sic exponamus, quo & error communis evitetur, & difficultates, quas Dd, circa exceptiones ea lege contentas movent, tollantur. Id vero videtur commodissime sic posse fieri:

HE-

HEREDES TUTORUM OB NEGLIGENTIAM, QUÆ NON LATÆ CULPÆ COMPARARI POSSIT, sed ad culpam levem referenda sit, CONDEMNARI NON OPORTET. Sed cave ne hoc nimis crude accipias, cum variæ declarationes hic sint notandæ. Si quidem initio id procedit saltem de culpa propria heredum, & ex ea causa ita restringendum est. SI NON jam CONTRA TUTOREM LIS INCHOATA EST, sive lis illa sit solum fundata, sive etiam jam contestata. Deinde quod etiam culpam heredum propriam attinet, possunt casus existere, ubi heredes etiam a levis culpæ præstatione non liberantur, scilicet si NEQUE EX DAMNO PUPILLI LUCRUM aliquod sit, etiam ex negligentia vel ignorantia heredis CAPTATUM, ut si ex bonis pupilli quædam retinuerit, putans ea pertinere ad hereditatem tutoris, AUT SI ex bona intentione heredis, ut pupillo GRATIA Potentis alicujus acquireretur, aliquid PRÆSTITUM SIT. Etsi 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 omissiones heredis non ad facta strictè dicta, vel certe ut excipiantur alienationes bonorum pupilli.

§. XLIII.

In reliquis textibus jam res non difficulter procedet. Perspicuus sensus est l. 2. C. eod. (vid. supra § 14.) PATER VESTER TUTOR VEL CURATOR DATVS, SI SE NON EXCVSAVIT, sed saltem absque excusatione ab administratione tutelæ abstinuit, etiamsi hanc

F

excu-

excufationem non dolo malo, fed ex negligentia omiferit, præprimis cum videret, alios adesse, qui tutelam ejusque administrationem fufciperent, fi tamen pupillus inde damnum paffus fit, NON IDEO VOS MINVS HEREDES EJUS TUTELE directo, VEL UTILI JUDICIO CONVENIRI POTESTIS, QUOD EAM TUTELAM SEU CURAM, NON defunctum, neque vos ipfos ADMINISTRASSE DICITIS. NAM quam pupilli actionem aduersus defunctum habent, eadem & contra vos dabitur. Igitur ET a Vobis CESSATIONIS RATIO REDDENDA EST, ut fi quidem appareat, iustam esse causam excufationis, liberemini ab actione, fi vero appareat, esse insufficientem, condemnemini. PRIUS TAMEN PROPTER ACTUM SVVM EOS CONVENIENDOS ESSE simul referipfit Imperator, QUI ADMINISTRAVERUNT, & ipsi damnum dederunt.

§. XLIV.

Circa legem 3. (vid. §. 15.) eod. fere nullum restat dubium. ADVERSVS HEREDES QUONDAM TUTORIS TUI AD RATIONES REDDENDAS TUTELE ACTIONE INSISTE. IN JUDICIUM illud AUTEM VENIET ETIAM ID, QUOD TIBI TUTOR EX CAUSA FIDEJUSSIONIS DEBUIT, quia tutelæ iudicium est uniuersale, multa capita complectens.

§. XLV.

Similis est ratio l. 4. eod. (vid. §. 16.) HEREDES FORVM,

RUM, QUI TUTELAM VEL CURAM ADMINISTRATIONEM, SI QUID AD EOS EX RE PUPILLI VEL ADULTI PERVENERIT, absque dubio RESTITVERE 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 TUTOR VEL CVRATOR ADMINISTRARE DEBVI, NEC tamen, siue ex subina, siue ex leviori negligentia ADMINISTRAVIT, RATIONEM EOS REDDERE DEBERE NON EST AMBIGENDVM, cum tutelæ actio tanquam ex contractu veniens cum omnibus qualitatibus detur etiam contra heredes.

§. XLVI.

Denique omiſſa periphrasi *l. 2. C. de magistr. conven.* ob rationes §. 17. dictas, restat adhuc *l. 17. C. de negot. gest. §. 18.* recensita. CURATORIS ETIAM SUCCESSORES, NEGOTIORVM GESTORVM VTILI CONVENTOS ACTIONE ob continuata videlicet negotia à Curatore incepta, ubi periculum erat in mora, TAM DOLVM, QVAM LATAM CVLPAM PRÆSTARE DEBERE, de negligentia vero propria non teneri, NEC enim AD EOS totum OFFICIVM ADMINISTRATIONIS TRANSIRE, ut æque ac Curatores ipsi etiam de levi culpa teneantur. IDEOQVE etiam NVLLAM ALIENANDI EOS RES ADVLTE POTES- TATEM HABERE CONVENIT, quæ alias à curatore pro re nata certis casibus alienari poterant.

§. XLVII.

Quamvis vero in periphrasi hæcenus exhibita ita me gesserim, ut fere ubique rationes ejusdem addiderim, non evidentes solum, sed & multum ad intellectum legum pertinentes, & consensum cum legibus parallelis ostendentes, facile tamen prævideo, fore quosdam qui putabunt, si liceret verbis legum tot verba inferere, quod a nobis subinde inserta sunt, quamlibet sententiam, etiam legibus plane adversam ex qualibet lege posse elici. Hic etsi multa regerere, & si vel autoritate pugnandum esset, ad commentarium Feltmanni ad priores duos Pandectarum libros provocare possem, & præterea certum sit, non esse meliorem commendanti rationem quam istam; ut tamen hac in parte ad imbecillitatem eorum, qui communibus opinionibus tanquam glebæ adscripti sunt, me applicem, ultimo loco paucissimis fundamenta, quibus in periphrasi illa subnixus sum, in compendio exhibeo, 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.* comparisonem institui inter heredes tutoris & heredes magistratus. Jam igitur cum certum sit, dum dicitur, heredes magistratus non teneri de culpa levi magistratus, non de culpa propria, putarunt vi comparisonis 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 reliqui limitationibus legis valde se torserint, quidvis tamen potius admisserunt, quam ut in viam redirent. Cum ex his constet, posteriorem errorem propullulare a potiore, & præterea in periphrasi *l. 1. C. d. 1.* 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, in iure 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 Ulpianus in *l. 4. de magistrat. 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 parvus ancilla 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.

§. XLIX.

(2) *Nulla est ratio, qua dari possit, cur heredes non teneantur ex culpa levi tutorum. Non autem convenit, leges dubias ita exponere, ut inde oriatur sensus 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 hæcenus inspicere licuit. Omnes notant explicationem textuum, quam ipsi erronee faciunt continere aliquid speciale. nemo tamen vel audet saltem rationem hanc specialitatis in vestigare, in tantum ut jam supra §. 19. notaverim, Salicetum id inter mirabilia referre. Atque id quidem temporibus Saliceti condonandum erat, utpote in quibus Theologi asveti erant, in rebus, quas ignorabant, ut falsis etiam scripturæ expositionibus,

eum urgerentur rationibus, confugere ad miracula, & JCti familia faciebant in salvandis inepris expositionibus textuum, asyla quaerendo 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 ignorantiz indicia.

§. XLIX.

(3) At evidens est ratio, cur heredes magistratum non teneantur culpa levi defunctorum quia regulariter ne quidem teneantur de culpa lata, aut ullo modo actione subsidiaria conveniri debeant. Quia nimirum, ut dictum, actio subsidiaria oritur ex delicto. Rem fufus expedivi jam supra in periphrasi l. 6. de magistr. conv. §. 41. Hic saltem deducendum est duobus adhuc verbis, utrum indubie verum sit; quod actio de magistratibus conveniendis ex delicto oriatur. Non equidem vidi Doctorum hodiernorum quemquam, qui de eo dubitaret, nec tempus jam subest, evolvere Glossatores antiquos legum, cum hæc res separatam diligentiam requirat. Interim observavi ex lectione legum, ipsos JCtos Romanos hic dubitasse non leviter. Ulpianos pro actione ex delicto habuisse videtur, in d. l. 6. (quod nobis in presenti quaestione jam sufficit,) eam in rem allegans Rescriptum Divi Pii, ubi daretur actio adversus heredes fictione opus fuit. Eiusdem opinionis fuit Celsus in l. 7. eod. ideo adversus singulos, si de dolo conveniantur concedens actionem in solidum. Idem sensit Modestinus in l. 8. eod. actionem in solidum non tantum similiter in singulos concedens, sed & in l. 9. sequente non obscure inclinans in eam sententiam, quæ statuit, à magistratu non exigendas esse usuras cum sorte, quia pænarum usuræ cum sorte peti non possint. Contra hos omnes definitivè rescriptum Divi Severi & Antonini d. l. 9. usuras cum sorte peti posse, ratione illa addita, quoniam EADEM in magistratibus actio detur, quæ competat in tutores. Non vacet evolvere quomodo istum dissensum concilient interpretes. Ego interim firmiter puto, donec evidentissime ostendatur contrarium,

rescriptum hoc Severi & Antonini aperte contradicere sententiæ Ulpiani, Celsi & Modestini, imo ipsi rescripto Divi Pii in l. 6. 7. & 8. eod. adeoque hic esse exemplum illustre antinomix in uno eodemque titulo & quidem immediate positæ, ut aliquando habeant admiratores Triboniani novum argumentum commentandi juris Justiniani.

§. L.

Nihil restat, quam ut iisdem respondeamus, si forte adversus nostram disputationem urgere velint, meditationes has, qualescunque etiam sint esse inutiles: Quicquid enim sit de veritate earum theoretica, posse quidem talia defendi pro cathedra, sed sufficere pro sententia communi a nobis rejecta, quod regnet in praxi, & quod pro ea faciant responsa duo a 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 pariantur 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 adjuncte Speculo Saxonico, ut & integra sententiarum volumina a Beato publicata, olim aliam observantiam judicalem 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 leviorum culpa.

COROLLARIA.

- I. Dissentiunt Doctores, utrum titulus de magistratibus conveniendis 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 aequitate, sed, quod alia sit ratio magistratum nostrorum, alius & corruptior sit status Germaniae nostrae, alius & corruptior sit processus hodiernus.
- II. Multo minor itaque erit usus doctrinae de heredibus magistratum conveniendis.
- III. Putamus etiam exiguum esse usum doctrinae de heredibus tutorum conveniendis ex facto proprio, quia vix putamus hodie dari casus l. i. 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 pecunia 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 distrahenais in heredes tutoris quae rates, 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 pupillorum heredibus competere jus tacite hypothecae in bonis tutorum, at privilegium prelationis quod ulterius pupillis competeat, ad heredes eorum non transit.
- IX. Putat Callistratus l. 64. §. 1. de ritu nupt. scio, quod interdicebat, ne inter tutorem, ejus filios & pupillam sint nuptiae, 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. & r. r. Cod. de interd. matrim. inter pupillam & tutorem.

F I N I S.



Halle Diss. 1701
(T-2)

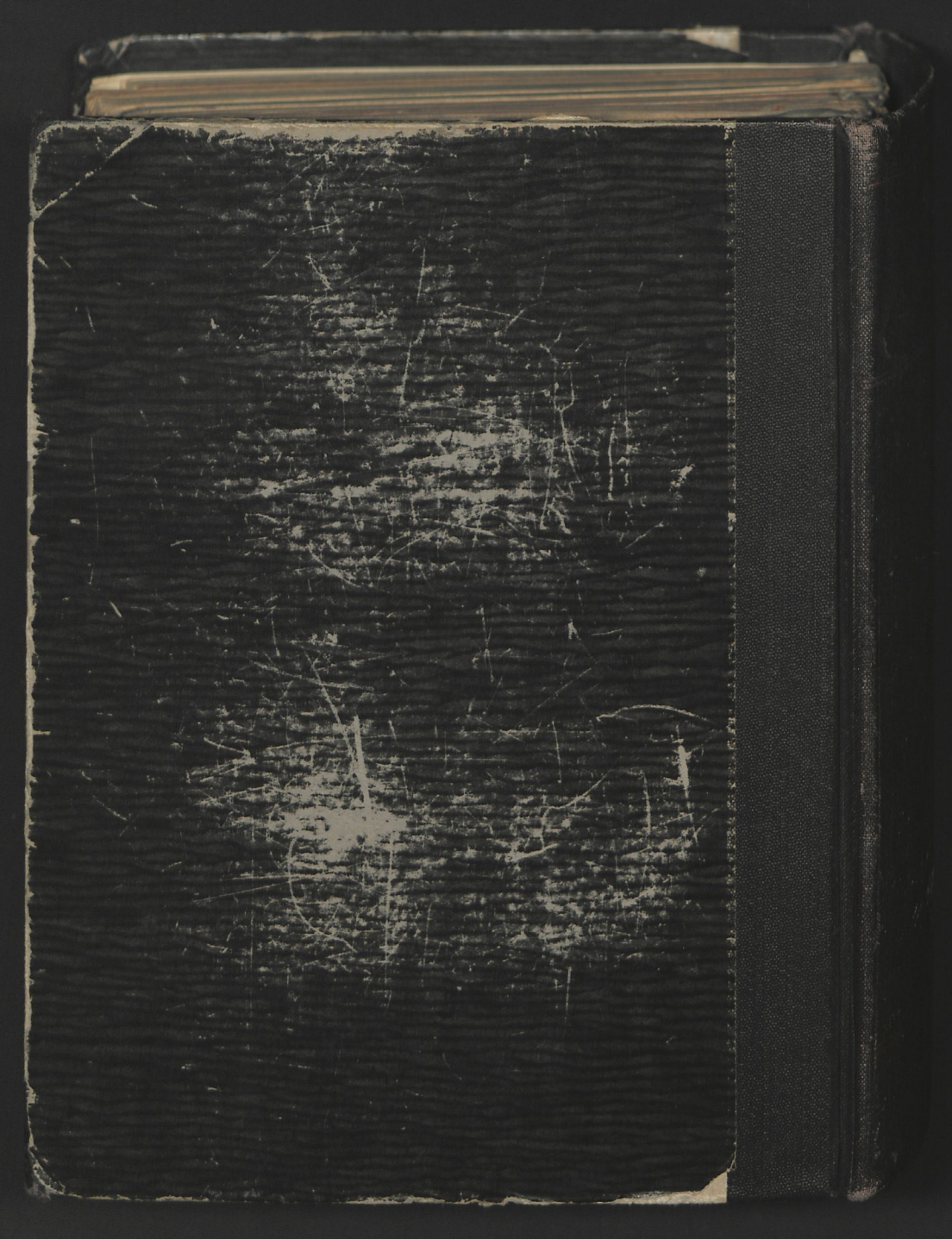
ULB Halle

3

001 923 862



56





Pr. 34. n. n.

12.

24

7701,44e

DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA,
DE

**CVLPA AB HERE-
DIBVS TVTORVM
PRÆSTANDA,**

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO

FRIDERICO WILHELMO,

REGNI BORVSSIACI HEREDE, ETC. ETC. ETC.

IN ALMA FRIDERICIANA

PRAESIDE

D. CHRISTIANO THOMASIO, ICto,

S. REG. MAIEST. BORVSS. CONSILIARIO, ET PROF.

PVBL. ac FACVLT. IVRID. H. T. DECANO,

PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES

ET PRIVILEGIA DOCTORALIA OBTINENDI,

AD D. XXIX. IVN. ANNI MDCCCI. HORIS ANTE- ET POMERIDIANIS
SOLENNITER PROPONET

CHRISTIANVS GOTTLOB STEMPEL,
BVDISS.

HALAE MAGDEB.

EX OFFICINA KITLERIANA,

RECVSA M DCC XLIII.

(6)