

00 15



26 2.16  
5

DISSERTATIO INAUGURALIS  
DE  
CULPA AB HEREDI-  
BUS TUTORUM  
PRÆSTANDA,

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 GOTTLOB STEMPEL,  
Budiss.

---

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



V I R O  
*Nobilissimo, Clarissimo ac Experientissimo,*  
D O M I N O  
C H R I S T I A N O  
S T E M P E L I O,  
M E D I C I N Æ D O C T O R I,  
A C A R C H I A T R O  
*Serenissimi ac Potentissimi*  
R E G I S P O L O N I Æ  
&  
E L E C T O R I S S A X O N I Æ  
*Meritissimo,*  
P A R E N T I S U O

*aterno pietatis ac obsequii affectu devenerando,*

Dissertationem hanc inauguralem in grati animi  
filialisque observantiæ tesseram debito cum  
obsequio

B. O. C.

*Filius observantissimus*

C H R I S T I A N U S G O T T L O B S T E M P E L,





## DISPUTATIONIS

De

*Culpa ab heredibus tutorum**praestanda.*

## SUMMARI A.

**O**ccasio disputationis. *Quaritur quanam ratio communis doctrinae, quod heredes tutorum teneantur tantum de culpa lata? §. I. Leditio interpretum, lectionem magis reddit dubium. §. II. Dubium inde ortum, an doctrina illa sit vera? §. III. Inspectis absque praesudicio legibus inventum, esse falsam; simul inventa erroris origine §. IV. Methodus dicendorum. §. V. I. Exhibitio textuum eã de re disponentium, cum observationibus extemporaneis, 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. Julii Antonini l. 2. C. cod. §. XIV. & l. 3. cod. §. XV. Alexandri l. ult. C. cod. §. XVI. & l. 2. C. de magistr. conven. §. XVII. Diocletiani & Maxim. in l. 17. C. de negot. gest. §. XIX.*

A 2

H. 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 culpa 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 corrigentis, sed permutantis tamen cum errore graviore. §. XXII, XXIII. Hotomanni ex lib. 12. obs. 22. misere torquentis l. 157. d. R. I. §. XXIV. eamque torturam inferre conantis doctrina de heredibus tutorum, §. XXV. neque adeo exactè refutantis Cujacium, §. XXVI. Antonii Fabri ex lib. 1. conj. 12. in refutatione Cujacii communem errantis errorem §. XXVII. XXVIII. XXIX. Bachovii ex notis ad Treutl. V. 2. d. 9. tb. 5. lit. d. e. noviter docentis, heredes tutoris tum teneri de levi ejus culpa, si is simul commiserit latam, §. XXX. refutati propterea ab Hubero §. XXXI. Wissenbachii, §. XXXII. aliorumque, item B. Brunnemanni Godofredum in explicatio-  
ne l. 1. ff. b. t. rectè notantis §. XXXIII. XXXIV. Præjudicium Jctorum Lipsiensium ex Carpzovio pro communi sententia, §. XXXV. III, Periphrases Legum, genuinum earum sensum contra communem opinionem, ostendentes, §. XXXVI. videlicet periphrasis Legis ult. de fidej. tut. §. XXXVII. Legis 4. pr. & §. 1. cod. tit. §. XXXVIII. Legis 1. eodem §. XXXIX. Legis 4. de magistr. 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  
inter

*inter actionem tutela & de magistratibus conveniendis intuitu heredum, nec ab unâ ad alteram esse argumentandum §. XLVII. (2) Nullam rationem esse, cur heredes tutorum non debeant præstare culpam levem defunctorum, & ridiculum esse, leges in dubio ita explicare velle, ut nulla ratio dari possit. §. XLVIII. (3) Rationes peculiare cur heredes magistratum non teneantur de culpa ipsorum. §. XLIX. Opinioni nostræ non obesse efficaciter praxin. §. L.*

## §. I.



## Solent Candidati selectam materiam

quærere, in qua, dum Specimen iuugurale edere volunt, ingenii vires exerçant. Mihi festinanti & temporis penuria impedito, tale thema eligendum fuit, quod non vulgare quidem 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, quamvis communibus, ut post nongentos nonaginta novem commentarios in institutiones & pandectas vel in singulis titulis multa occurrant, quæ quis contra vulgares explanationes non vulgariter differere possit. Incidi igitur in titulos ff. & Cod. de heredibus tutorum, & miratus sum, quæ factum sit, ut secundum communem doctrinam heredes tutorum actione tutelæ conventi non eandem culpam præstent, quam præstant ipsi tutores, cum tamen secundum regulam juris, & ratione apertâ, (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

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

## §. III.

Hic igitur vitio mihi nemo vertet, quod in mentem venerit; Fortè assertio ista ad errores pragmaticorum, aut si mavis interpretum pertinet: Fortè hic nulla est exceptio, sed regula ista rationalis etiam in actione tutelæ obtinet. Fortè antiquus aliquis interpres errorem commisit in explicatione textus, quem postea communis Doctorum schola solito more ut ducem cæcum incautè secuta est: Cogitavi tamen simul: Fortè etiam tu, dum hæc cogitas, errorem committis; forte stupiditas tua in causa est, ut subtilitas distinctionum quibus Doctores in tractanda hac quæstione utuntur, captum 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 à cogitationibus memet hinc inde rapientibus, descripsi leges singulas de hac quæstione vel disertè agentes, vel eandem illustrantes, ut uno quasi conspectu perspicere potuerim, an unanimis JCtorum & Imperatorum de ea fuerit sententia, aut an fortè JCti pro diversitate Sectarum vel pro libertate sua circa easdem dissenserint, aut an forte sententia JCtorum in Codice ab Imperatoribus fuerit correctæ, ut adeo interpre-



terpretes primævi, 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. Inspexi leges; deprehendi, eas dilucidè secundum regulas bonæ interpretationis nihil aliud asserere, quàm, *quod eandem culpam, quam tutor ipse conventus præstare debeat, præstare etiam teneantur heredes, tanquam heredes ex facto tutoris conventi, quod si vero ex facto proprio conventantur, præstent saltem dolum & culpam latam.* Ut adeo miratus fuerim, quò pacto Doctores in re tam plana in devia quoad primam propositionis partem venire potuerint. Inspexi iterum, contuli eum 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 facto tutorum conventis, cum tamen Imperatori id nequaquam venerit in mentem. Quo absurdo semel admissio & autoritate Glossatorum ad posterum propagato, putarunt etiam postea viri de emendanda & purganda à sordibus Glossatorum Jurisprudencia alias maxime, & sepe nimis, solliciti, textus reliquos veriore sententiam plusquam semel inculcantes, ex ista falso exposita lege Codicis esse exponendas, & vel consortis quibuscunque explicationibus eidem aptandos.

## §. V.

Hoc pacto verò non opus erit, ut sollicitus sim, de methodo, qua in præsentis disputatione utar. Credo enim, nihil tam naturale esse in demonstrandis erroribus & reductione in viam regiam, quam si illis, qui in iisdem devis sunt constituti, monstramus eandem rationem & viam, quâ nos ex errore sumus liberati. Istud autem commodissimè fiet, si sic me geram, ut primo ipsos textus Juris huc apponam, additis interim observationibus quibusdam extemporaneis iisque brevissimis, tum ut excerptam va-

rias

rias dissensiones 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 à JCtis, 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 JCtos forte dubitatum fuisse, an tutelæ 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. Responsorum: Heredes ejus, qui non jure tutor vel curator datus, administratione se immiscuit, dolum & culpam prestare non debere. Paulus respondit, tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat, se instrumenta tutelaria non 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 secundam regulam §. 1. memoratam cum omnibus qualitativis 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 & U-

& Ulpianum sæpissime dissentire, tanquam in auditorio Papiniani valde amulos. Etenim Ulpianus eandem regulam, in quâ Paulus exempli loco tutelæ actionem referebat, inculcat *lib. 7. 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.

## §. 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 tutela judicio posse conveniri: videndum an etiam proprius ejus dolo vel propria administratio veniat in judicium, & 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 judicio cum teneri suo nomine. Nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo jurare in litem, apparet eum judicio 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, quo 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 omitturum fuisse Tribonianum, tanquam observationem maxime ad præsentem titulum pertinentem.*

## §. X.

Deprehendo etiam alios Ulpiani textus huc pertinentes in *titulo de Magistrat. convin.* Ita enim *lib. 3. Disputationum in l. 4. d. 1.* comparat heredes tutorum & magistratuum. *Non similiter tenentur heredes magistratum, ut ipsi tenentur. Nam nec heres tutoris negligentiæ 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 negligentia nomine tenetur*, exponam de herede ex facto tutoris convento, sed potius de herede convento ex facto proprio ob verba ibi relata: *Negligentia planè propria heredi non imputabitur.*

## §. XI.

Alter textus est 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 omitteret: equum est, haberi eum loco fidejussoris, ut heres ejus teneatur, si vero cavit & 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 saltem in genere noto: Etsi in præcedenti lege Ulpianus heredes tutoris & heredes magistratus comparet, 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 facta 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 ad huc una lex in titulo *de fidejuss.* & *nom.* eaque in ordine

dine 1. exscripta ex Pomponii Lib. 17. ad Sabinum. *Quamvis, inquit, heres tutoris tutor non est, tamen ea qua per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitime etatis & masculus sit, explicari debent, in quibus dolo ejus admitti potest. Quod penes tutorem fuit, heres quoque ejus reddere debet. Quod apud pupillam 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 Fuscianum scripserunt. *Heredes tutorum ob negligentiam, qua non lata culpa comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis 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 torquendæ sint, ut cum hac lege concilientur, inde infero, legibus bonæ interpretationis repugnare, si non legem intelligam de actione contra heredem administrantem tutelam institutâ, & 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, quem-

a) modum supra in §. 7. Paulus non obscure assererat, iudicia, tutela 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. *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 tutela actione confisse. In iudicium autem veniet etiam id, quod tibi tutor ex causa fidejussionis dedit.*

## §. 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 auctori 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 negligentia tutoris defuncti, neque tamen negligentiam distinguunt, indicium verosimile id est, de nulla negligentia à tutore commissâ 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 idoneè cautum pupillo non est, non solet actio dari.* Sed cum hic plane nihil dicatur de heredibus tutorum, nihil etiam inde observamus, & imò plane hunc textum omissemus, nisi idem etiam ab interpretibus in discussione quaestionis nostræ quandoque soletet afferri & præterea etiam aliquo modo illustraret textus Ulpiani §. 10. & u. *relatos.*

## §. XVIII.

Solet etiam ex titulis Codicis *de negotiis gestis l. 17.* quæ Diocletiani & Maximiani est in quaestione præsentia à Doctoribus allegari, quam & ipsam apponemus: *Curatoris etiam successores, negotiorum, gesto-*

gestorum utili conventione tam dolum quam talem culpam præstare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adulta potestatem habere convenit. Hic observo, et si verba admittant, ut hic textus tam de heredibus curatoris ex facto curatoris conventis, quam de iis, qui ex gestione propriâ conveniuntur, exponatur, nullam tamen rationem urgere, cur prior explicatio præferatur posteriori, præprimis cum posteriorem sva-deat, quod de officio administrationis non transeunte statim ad-ditur.

## §. XIX.

Pergo ad Interpretes, (vide §. 5.) ex quibus saltem potiores afferre liceat, & ad quos reliqui ferè 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. curatoris 17. C. de neg. gest. n. 2. ubi ait, hoc esse mirabile, quod quæ contra defunctum competeat 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 Cas-strensis. 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 Glossato-res 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

eius locum demus integrum, interspersis tamen mox observationibus nostris. *Actio 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 vertatur, veluti doli 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 planè non respondet. Igitur habuit pro errore interpretum.) Sed repugnare l. 1. C. de hered. tut. si modo de tracta negatione in ea sicut est in Basilicis legas hoc modo. Heredes tutorum ob negligentiam, quæ lata culpæ comparari possit, condemnari non oportet. Basilica, τὰς κληρονόμους τῶν ἑπιτροπῶν ἀπὸ μεγάλης ἀμελείας ἔωροσῆκει κατὰδικάζουσα.* 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 διασολήν* scilicet negligentiam defuncti, qua heredi imputatur. (Ita quidem est, sed id non probat intentionem Cujacii. Non sequitur: Heres tutoris tenetur de levi culpâ tutoris, ergo non de eius 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 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 rectè sensit Cujacius, & in hoc puncto ejus causam hîc 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 tacitæ objectioni: actiones contra heredes eodem modo dari, uti contra defunctos? Aliud



Aliud enim est dare instantiam, aliud, argumentari à pari. Illud officium respondentis est, vel excipientis, hoc opponentis, vel probantis. Imò quid si dicamus: comparisonem esse valde generalem & remotam, neque huc extentendum, quorsum extendit Cujacius.) *Et heredem magistratus proditum est non teneri ex culpa defuncti non magna, non lata l. 2. C. eod. videtur ergo nec ex sua nec ex defuncti culpa levi heredem tutoris teneri, nisi & negationem sustuleris 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 hæc tentari potest* (sed postquam præcedentia rejecimus, non opus est, ut de hoc tentamine valde firmis 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 perveniat ad heredem,* (Forte igitur cogitavit Cujacius de l. 157. §. 2. de R. I. tanquam sibi obstante, quia his verbis, etsi satis obscure, videtur conciliare voluisse sententiam suam cum illâ lege,) *& nisi lucrum ex ejusdem damno gratia ductus alii præstiterit. Exceptiones duas sunt, uno doli exemplum continet, altera 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 propriâ, non cogitasset de corrigendo textu.) *que inspectio satis per se sola demonstrat, ab ea lege eradendam esse negationem. Quod si in ea est eradenda & in d. l. 2. agitur & quod vulgatum dixi iniurio, illis duntaxat casibus locum habet, cum lucrum ex damno alieno captatum, aut gratia præstitum est, non ex qualibet causa doli aut magne 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

(At hoc veluti exulare debere, etiam secundum observationes ipsius Cujacii jam notavit Gothofredus ad h. l.) cum testator dolo se 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 hinc errore saltem mutaverit, & noviter impeggerit J. C. tus alias excellens, exhibebimus integrum: *Quod scripsi, dicit, lib. 21. obs. 2. ex l. 1. C. de hered. tut. non ex quo libet dolo vel lata culpa tutorum, heredes eorum teneri tutelae actione tutoribus mortuis ante litem contestatam, sed ex dolo tantum, quo spoliis pupilli tutores suas, vel aliorum per gratiam auxerunt facultates, verisimum 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 Πασιδικῶν, 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 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, quae 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, & quae ulterius infra dicentur in ostendenda differentia inter actionem tutelae, & 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*

presta.

præstare, heredem succedere tantum in latam culpam eorum, non in levem. Et ita de herede magistratus apertè scriptum est in l. 2. C. de mag. conven. à qua detrahenda negationis, quia nullum autorem habemus certum, nec detrahimus igitur, maximè cum quia & quasi pœnalis eadem actio est (H. e. non ex contractu Magistratus vel quasi contractu, sed ex delicto vel quasi descendens. Atqui hæc observatio debebat ostendere Cujacio, malè, 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 temerè datur in heredem magistratus, qui non curavit postulanti caveri damni infecti, ad quam speciem proprie pertinere l. 6. D. eod. 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 rectè 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 licem 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 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 lata culpa (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, que 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 te-

C

nctur

netur, etiamsi 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 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 defuit, 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 dolus ei suus malitiaque sua mala nihil profuerit §. aliquando instit. de perpet. & temp. act. nam & heredes ejus cum quo lis contestata non est, placent non teneri pœnali actione, veluti furti vel injuriarum, aut mixta quatenus pœnam persequitur veluti vi bonorum raptorum vel damni injuria, non pœnali, inquam, etiamsi 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 detur de eo, quod pervenit, dabitur tamen non inutiliter, cur vero, nisi quia actione pœnali 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 disserat, ut vix intelligi possit, liceat tamen ponere, nos eum intellexisse, & respondere: Tò ita hic positum, ab actionibus ex delicto ad actiones ex contractu malè 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 abest. 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 istam, §. 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 iuven-  
tam de dolo tutoris ab heredibus non præstando publicaverat,  
Franciscus Hotomannus eidem contradicere ac id confutare  
aggressus est *lib. 1. amicab. resp. c. 22.* seu, quomodo ab aliis allegatur  
*Lib. 12. Observ. c. 22.* Quemadmodum facilius est, aliorum  
nævos videre, quam proprios evitare, ita & Hotomanno acci-  
dit. Nam dum Cujacium non male notat, ipse gravius aberrat.  
Ita enim observationem suam incipit: *Si heres ex defuncti contra-*  
*ctu in solidum tenetur, in quo nullius defuncti dolus arguitur, multo ma-*  
*gis 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 ne-*  
*gotii contracti (veluti commodati, depositi, tutela,) tenetur in solidum,*  
*hoc est, etiam supra vires hereditatis: propterea quod onus est heredi-*  
*tarium: actio inquam hereditaria est, qua ex persona defuncti initium*  
*sumsit, quare si ex asse heres est, in solidum tenebitur; si ex parte, pro-*  
*rata: secundum legem XII. tabul. At ex causa doli eatenus tantum tene-*  
*tur, 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 ra-*  
*tionem referenda sunt: illa vero: Verum etiam in solidum ad nego-*  
*tium in contractu gestum (Atqui textum l. 157. inspicienti, supra*  
*§. 8. descriptum, apparebit, Hotomannum hâc explicatione eum*  
*fic torquere, ut clamaturus sit, si clamare possit) ut scil. 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*  
*damn. inf. l. pupillum in. §. 1. de R. J. Adjicit & alia quædam ex eo-*  
*dem errore promanantia, ubi sæpè memoratum § Institutionum*  
*corrigerè, & vocem dolo ex eo tollere parùm aptè allaborat, & quæ*  
*brevitatis studio omittimus & ad ea properamus, quæ de here-*  
*dibus tutorum habet.*

## §. XXV.

*Hæc cum ita sint, inquit, videamus de tutorum heredibus quid sta-*  
*tuendum conveniat, nam tutores quidem ex levi culpa teneri, & tantam dili-*  
*gentiam*

gentiam prestare, quantam 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 quaritur, cujus culpa nomine eorum heredes teneantur, indistincte respondetur, eos late tantum tutorum culpa nomine teneri: negligentiae, non teneri. Dixi, indistincte: quoniam nihil in 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 vero l. 4. quae Hotomannum hinc 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 contractibus 49. D. de O. & A. 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, quae non lata culpa comparari possit, condemnari non oportet: Quod quisvis latine doctus (sed Latine doctus ibi nihil de eo inveniet, quod heres teneatur saltem, quatenus pervenit. Imò nec Hotomannus id ibi invenit:) sic, opinori, 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 levem non oportet. Nam in l. ult. ejusd. tit. dilucide traditur, heredes ob non administrata, quae administrare tutor debuit, (quae 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. Quae cum tam perspicue & inter se & cum juris ratione consentiant, non dubitabo repudiare & illam nuper (à Cujacio videlicet) proditam Graecorum interpretationem, quae latinam legem corrumpit: τὰς κληρονόμους τῆς Παιτρῶπας ἀπὸ μεγάλης ἀμελείας ἔωσθηκει καὶ τοδικά-  
ζουσαι; 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 argumento 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 occasionem dedisse Cujacio, ut istam observationem alteram scriberet) heredes magistratum d. l. 4. D. de magistr. conv. qua in lege magistratus ob levem, rjus heredes ob latam 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. bis verbis: In heredes magistratus cuius non lata culpa idoneè cautum pupillo non est, non solet actio dari: hoc est cuius levis culpa coargitur. Quid verbis opus est? cum Imperator in l. curatoris. 17. C. de neg. gest. aperitissime 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 præstare? Atque hæc quidem ita se habent: quæ tamen sic accipienda sunt, si modo (Vanè & impertinenter, ut jam ostensum:) ex tutoris delicto aliquid ad ipsius heredes pervenerit. Quoniam eatenus ex defuncti contractu ad ipsius dolo datur in heredem actio, quatenus ad heredem pervenit.

## §. XXVII.

Eandem meditationem reassumit Antonius Faber, vir de emendanda Jurisprudentia aliàs egregiè meritus. 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. ad ea 157. §. 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 §. de calumniat. l. quod diximus 16. §. ult. quod met. caus. l. si hominem. 7. §. datur. deposit. Sed & in quasi contractibus ei regula locum esse intelligimus ex l. 1. C. de hered. tut. ubi quod scriptum est, heredes tutorum ob negligentiam, quæ non lata culpe comparari possit, condemnari non oportere, satis ostendit, ob eam igitur quæ 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 dolo e 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 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 monet nec magistratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri, nisi ex ea que 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, & rectè quidem, faciebat Cujacius supra §. 20.) Quod si ita esset, parum rectè f. Cuius heredem tutoris similem diceret (Atqui nusquam hoc dicit Ulpianus, ut jam notavimus §. 20.) magistratus heredi, cujus negligentia propria nulla esse potest. Parum etiam accommodatè 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. 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, (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 signi-



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

## §. XXIX.

Tum accedit ad fufiorem explicationem d. l. i. de hered. tut. In ea, dicit, primo regula constituitur, quam diximus, ut ex negligentia qua non lata culpa comparari possit, tutorum heredes non condemnentur. Tum subicitur, condemnari tamen tribus casibus, si contra tutorem lis inchoata sit, si ex damno pupilli lucrum captatum, 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 ostendemus 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 dissimilius dimis ratio reddi possit, cur iis casibus potius quam aliis, lata culpa dolusve defuncti in persona heredis coercatur. Atqui exceptionem de regula esse debere, fortasse inquis. Verum respondeo, iis verbis, si non contra tutorem &c. non tam exceptionem quam interpretationem regula 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 lis contestatione etiam penales actiones ab utraque parte transmittantur & temporales perpetuentur l. ult. de fidej. tut. At si ex damno pupilli lucrum captatum, vel etiam gratia prestitum sit: quibus duobus casibus cum in dolo tutor sit, vel saltem ejus culpa conscius: qua 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 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  
simili-

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

## §. XXX.

Vides itaque, quam se torqueant Doctores, etiam eruditiores, ut perspicuum sensum legis i. 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. Reassumfit equidem hanc controversiam acutissimus Bachovius in notis ad Treutler. 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 §. præced. 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 præstuum 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 culpâ 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 actionum 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. inf. de R. J. etiam actio tutela propter dolum defuncti in heredes dabitur, quæ si culpa levis sola fuisset, 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 &c. tanquam exceptio sub regulam, quod ob le-  
vem culpam tutoris heredes non condemnentur, poterunt referri: (Pote-  
runt etiam referri sine hâc torturâ) quam sententiam paucis verbis  
videtur insinuasse Salices. in d. l. i. 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. duo-  
bus citatis locis aut emendemus, aut d. l. i. ad singularem speciem doctæ  
restringamus: contra quæ non malè disputant cit. loc. Sverin. Hotom.  
& Ant. Faber.

## §. XXXI.

Etti vero hac expositione d. l. i. non parum sibi placeat,  
Bachovius, displicuit ea tamen nihilominus Ulrico Hubero, Jcto  
proximè 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 suf-  
ficit. Primo enim quo minus actio aliqua certis casibus aliter quam  
vulgo decur, 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 factio defunctus la-  
tam admisi culpam, in alio levem, unâ actione tutela. De priorè  
factio tenetur heres, de posteriori genere non tenetur. Verum igitur non  
fit, quoties tutor lata culpa reus est, toties heredem de culpa ejusdem  
levi posse conveniri. His legis hæc est, heredem de levi tutoris culpa non  
teneri. Vidit igitur Huberus nævum quendam leviozem in Ba-  
chovio, enormem illum nævum doctrinæ communis non vidit.  
Deinde ostendit equidem, doctrinam Bachovii non satis esse fun-  
datum, non tamen tollit dubium, quod Bachovium in eam sen-  
tentiam perduxerat, quomodo nempe limitationes in d. l. i. con-  
tentæ cum regulâ combinari possint.

## §. 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. commu-  
nem istam sententiam repetit, & fuscè ex Cujacio, Hotomanno,

D

ac Fa-

ec 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, à 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 possẽm, 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 excerptimus, ubi causam bonam non bene defendit.

## §. XXXIII.

Scilicet evolvimus Duarenum à 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, quàm communem sententiam hæctenus sufficienter ex Cujacio Hottomanno, Fabro, Bachovio explicatam, nisi quod Brunnemannus ad *l. 1. ff. de fidej. tut.* novam controversiam notet ad doctrinam de heredibus tutorum pertinentem. *Heres*, inquit, *tutoris, si mas sit & perfecta ætatis, compellendus est perficere ea, quæ à tutore inchoata, quod hic Gotbofr. intelligit de extra judicialibus. 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. c. 9. d. 18.*

## §. XXXIV.

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

mcaii

*medii 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, 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. 37. Ist C. G. euren Eheweib zum Vormunden verordnet worden / und hat sich darauff solcher Vormundschaft angemasset / und von bemeldtes seines Mündlins Gelde 10. Gulden in seiner Verwahrung gehabt; Als aber die unlängst zu Annaberg entstandene Feuersbrunst auch gedachten Vormund mit betroffen / seynd des Mündlins Geldere in solchem Brand wegkommen 2c. So seyn seine Erben / ungeachtet daß er der Vormund sein eigen Geld in selbigen Brand weggeschicket / solche 10. Gulden zu erstatten 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 defunctorum in defunctos dandis, attinet, supra §. 6. & 8. appositas, periphrasi non est opus, cum res sit planissima, & tortura Hottomanni §. 24. jam notata, nec affectus repererit, nec ulteriore refutatione habeat 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 à tutore, cujus heres factus erat, comissis,

D 2

at-

atque is quæstionem suam à Triboniano non relatum integrè, his verbis finierat: **HEREDEM EJUS, QUI 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. 17. §. 12. de excus. 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, quarentem 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 debeat immutari *l. 2. §. 2. de V. O.* Atque **HOC generale axioma EO PERTINET, UT in proposito casu NON EXCUSETUR HÆRES** quærens, etiam **SI insuper DICAT, SE INSTRUMENTA TUTELARIA** v. g. inventarium, item documenta pupilli, planè **NON INVENISSE**, sed eadem à defuncto tutore dolo malo esse sublata, adeoque se quoque in justa 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 dubiè **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. b. r.)* **NON si con-**  
venia.

veniatur ex facto tutoris, multò minus, ut ex quæstione propo-  
sita 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,

## §. XXXVIII.

Jam sequantur textus Ulpiani. Primus quem supra §. 9. re-  
tulimus ad titulum de heredibus tutorum pertinens est *l. 4. pr. &*  
*§. 1. d. t.* CUM in præcedentibus OSTENDIMUS, HEREDEM  
QVOQVE ex facto tutoris TUTELÆ JUDICIO, tam de dolo,  
de quo quidam dubitabant, quàm 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 tutelâ, 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 mandatam morte mandata-  
rii, quia utrobique industria personæ est electa. Igitur vide-  
tur prima fronte hæc quæstio planè esse inanis. Quoniam ta-  
men certis casibus tenetur heres negotia à defuncto tutore cæ-  
pta continuare, aliud dicendum est, ET EXTAT SERVII  
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 supinâ planè & non faciliè præsumendâ 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, TUTELÆ IUDICIO EVM TENERI SVO NOMINE. Quod uti in casibus ubi per pecuniam pupilli locupletior factus est, nullum habet dubium, ita in reliquis, ubi dolus ejus intervenit, etsi heres accuratè 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 JURARI IN LITEM, quod juramentum maxime in actionibus realibus locum habet, APPARET etiam, EVM & IUDICIO TUTELÆ 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 IMPUTABITVR, multo minus ad diligentiam exactissimam tenebitur. Etsi enim communiter negotiorum alienorum gestores ejusmodi diligentiam præstare obstructi sint, ab herede tamen ea non exigitur, quia lege coactus negotia à tutore cœpta 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. 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 extra judicialia, sive



five judicialia (*vide supra §. 33.*) PER HEREDEM, SI modo LEGITIMÆ ÆTATIS ET MASCVLVS 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 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 HOC REDDERE COMPELLITVR.

## §. XL.

Redeamus ad Ulpiani Leges & quidem ad *l. 4. de magistr. conven.* (*vid. supra §. 10.*) Etsi ex constitutionibus heredes magistratuum conveniri possunt actione subsidiaria, NON tamen SIMILITER TENENTVR HEREDES MAGISTRATVVM, VT IPSI TENENTVR. NAM etsi quis urgere velit, actiones personales adversus heredes eodem modo dari, uti dabantur adversus defunctos, non tamen id universaliter verum est, quia NEC HERES TVTORIS NEGLIGENTIÆ propria NOMINE TENENTVR, 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. negligentiz quoque nomine tenetur, si non exegerit satisfactionem aut non exegerit sufficientem, (*Gothofr. bic*) HERES autem IPSIVS solum doli, & DOLO PROXIMÆ CVLPÆ h. e. latæ, quæ dolo inest, (non levis ut putat Paulus Voetius *ad Inst. tit. de satisfat. tut. §. a. n. 4.*)

fuc-

succedaneus est, si videlicet magistratus in exactiōe cautionis plane supinus fuerit.

## §. XLI.

In l. autem 6. ff. eod. (vid. supr. à §. ii.) Ulpianus id vult. Quem admodum de magistratu ipso, an ob neglectam cautionem à pupillo conveniri possit, olim dubitatum fuit, in tantum, ut oratione Trajani ScTo confirmata demum actio hæc subsidaria fuerit inventa, (Paulus Voetius d. l.) ita & similis dubitatio fuit orta, **QVOD AD HEREDEM MAGISTRATVS PERTINET.** Quia nimirum actio adversus magistratum magis ex delicto ejus descendit, quàm ex contractu. Tales autem actiones ne quidem quoad dolum adversus heredes transeunt. Sed & hic Imperator constitutione dubium resolvit. EXTAT enim DIVI PII RESCRIPTVM, CAUSA COGNITA super gradu videlicet negligentia magistratus, DEBERE DARI ACTIONEM. NAM MAGISTRATVS, SI TANTA FVIT NEGLIGENTIA VT OMNEM CAUTIONEM OMITTERET culpâ nimirum dolo proximâ vel omnino dolosè, ÆQVVM 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, & voluit adeò, HABERI EVM magistratum sic supine negligentem LOCO FIDEJUSSORIS, UT HERES EJVS de hæc 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 TVNC fidejussores IDONEI FVERVNT, ET POSTEA tales esse DESIERVNT; SICVT ET IPSE MAGISTRATVS PROBE RECVSARET HANC ACTIONEM, ideo quia probè gessit officium suum, ita ET HERES ejus haud dubiè MVLTO JVSTIVS actorem repelleret. NOVISSIME JCTi rescriptum hoc Divi Pii applicarunt etiam ad heredem magistratus non idoneè caventis (arg. §. 2.

Inst.

*Inst. de fidei. 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 FIDEIVSSORIBVS  
CONTRAHVNT.

## §. XLII.

In textibus Codicis præprimis opera danda erit, ut *l. i. C. de hered. tut. supra §. 13.* descriptam sic exponamus, quo & error communis evitetur, & difficultates, quas Dd. circa exceptiones eâ lege contentas movent, tollantur. Id vero videtur commodissimè sic posse fieri: HEREDES TVTORVM OB NEGLIGENTIAM, QVÆ NON LATÆ CVLPÆ COMPARARI POSSIT, sed ad culpam levem referenda fit, CONDEMNARI NON OPORTET. Sed cave ne hoc nimis crudè accipias, cum variæ declarationes hic sint notandæ. Siquidem initio id procedit saltem de culpa propria heredum, & ex ea causa ita restringendum est, SI NON jam CONTRA TVTOREM 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 à levis culpæ præstatione non liberantur, scilicet si NEQVE EX DAMNO PVPILLI LVCRVM aliquod sit, etiam ex negligentia vel ignorantia heredis CAPTATVM, ut si ex bonis pupilli quædam retinuerit, putans ea pertinere ad hereditatem tutoris, AVT SI ex bona intentione heredis, ut pupillo GRATIA Potentis alicujus acquireretur, aliquid PRÆSTITVM 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 certè ut excipiantur alienationes bonorum pupilli.

## §. LXIII.

In reliquis textibus jam res non difficulter procedet. Per-  
spicuis

E

spicuis sensus est *l. 2. C. eod. (vid. supra §. 14.)* PATER VESTER TUTOR VEL CVRATOR DATVS, SI SE NON EXCVSAVIT, sed saltem absque excusatione ab administratione tutelæ abstinuit, etiamsi 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 EIVS TVTELÆ directo, VEL VTILI JVDICIO CONVENIRI POTESTIS, QVOD EAM TVTELAM SEV CVRAM, NON defunctum, neque vos ipsos ADMINISTRASSE DICITIS. NAM quam pupilli actionem adversus defunctum habent, eadem & contra vos dabitur. Igitur ET à 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 ADMINISTRAVERVNT, & ipsi damnum dederunt.

## §. XLIV.

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

## §. XLV.

Similis est ratio *l. 4. eod. (vid. §. 16.)* HEREDES EORVM, QVI TVTELAM VEL CURAM ADMINISTRAVERVNT, SI QVID AD EOS EX RE PVPILLI VEL ADVLTI PERVENERIT, absque dubio RESTITUERE COGVNTVR. Etsi 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 culpa, 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 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 UTILI CONVENTOS ACTIONE ob continuata videlicet negotia à Curatore incepta, ubi periculum erat in mora, TAM DOLVM, QVAM LATAM CULPAM PRÆSTARE DEBERE, de negligentia verò propria non teneri, NEC enim AD EOS totum OFFICIUM ADMINISTRATIONIS TRANSIRE, ut æque ac Curatores ipsi etiam de levi culpa teneantur. IDEOQVE etiam NVLLAM ALIENANDI EOS RES ADVLTÆ POTESTATEM HABERE CONVENIT, quæ alias à curatore pro re nata certis casibus alienari poterant.

## §. XLVII.

Quamvis verò in periphrasi hæctenus exhibitâ ita me gesserim, ut ferè 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 inserere, quot à 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 commentandi rationem quàm istam; ut tamen & hæc in parte ad imbecillitatem eorum, qui communibus opinionibus tanquam glebæ adscripti sunt, 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 admisso facile sibi postea persuaserunt, (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 factio tutorum ipsorum loquitur, esse limitationem legis; & quamvis postea in conciliandis reliquis limitationibus legis valde se torferent, quidvis tamen potius admiserunt, quam ut in viam redirent. Cum vero ex his constet, posteriorem errorem propullulare à priore, & præterea in periphrasi *l. 1. C. d. t.* perspicuè 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 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

& actio tutelæ non detur. Et poterat sane alio modo exponi Ulpianus, uti fecimus §. 40. Imo demus, Ulpianum expressè & claris verbis instituisse hanc comparationem, debebant interpretes annotare, hanc comparationem 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.

## §. XLIIIX.

(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, quamdiu suppetit rationalis.* 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 hactenus inspicere licuit. Omnes notant explicationem textuum, quam ipsi erroneè faciunt, continere aliquid speciale, nemo tamen vel audet 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 asveti erant, in rebus, quas ignorabant, aut falsè etiam scripturæ expositionibus, cum urgerentur rationibus, confugere ad miracula, & Jcti similia faciebant in salvandis ineptis expositionibus textuum, asyland quærendo in mirabilibus. At hodie, cum ubique fere à Sapientioribus Theologis ejiciantur conficta miracula, turpè esset Jctis, si non & ipsi excutere vellent mirabilia illa antiqua tanquam certissima ignorantix indicia.

## §. XLIX.

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

*palatâ, aut ullo modo actione subsidiaria conveniri debebant. Quia nimirum, ut dictum, actio subsidiaria oritur ex delicto. Rem fufius expedivi jam supra in periphrasi l. 6. de magistr. conv. §. 41. Hic saltem deducendum est duobus adhuc verbis, utrum indubiè 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 hîc dubitasse non leviter. Ulpianus pro actione ex delicto habuisse videtur, in d. l. 6. (quod nobis in præfenti quæstione jam sufficit,) eam in rem allegans Rescriptum Divi Pii, ubi ut daretur actio adversus heredes fictione opus fuit. Ejusdem opinionis fuit Celsus in l. 7. eod. ideo adversus singulos, si de dolo conveniantur concedens actionem, in solidum. Idem sensit Modestianus in l. 3. 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 pœnarum usuræ cum sorte peti non possint. Contra hos omnes definit 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 vacat evolvere, quomodo istum dissensum concilient Interpretes. Ego interim firmiter puto, donec evidenssimè ostendatur contrarium, rescriptum hoc Severi & Antonini apertè contradicere sententiæ Ulpiani, Celsi & Modestini, imo ipsi rescripto Divi Pii in l. 6. 7. & 8. eod. adeoque hîc esse exemplum illustre antinomiz in uno eodemque titulo & quidem immediatè positæ, ut aliquando habeant admiratores Tribonianus novum argumentum commentandi juris Justiniani.*

§. L.

Nihil restat, quam ut iisdem respondeamus, si forte adversus nostram disputationem urgere velint, meditationes has, quales-



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 Carpovio 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 sententia adjuncta Speculo Saxonico, ut & integra sententiarum volumina à Beato publicata, olim aliam observantiam judicialem regnasse, & fortè sæpe meliorem, quam hodierna est: regnavit interim illa, jam alia regnat. Hodie in judiciis regnat Carpovius, cras Mevius, tum alius & iterum alius. Ita nec ipse destituimur fore, ut errore cognito aliquando etiam in judiciis pronuncietur: tutorum heredes teneri etiam de levi eorum culpâ.

## COROLLARIA.

I.

**D**issentiant 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 æquitate, sed, quod alia sit ratio magistratuum nostrorum, alius & corruptior sit status Germaniæ nostræ, alius & corruptior sit processus hodiernus.

II.

Multo minor itaque erit usus doctrine de heredibus magistratuum conveniendû.

III. Pu-

III.  
*Putamus etiam exiguum esse usum doctrinae de heredibus tutorum conveniendis ex facto proprio, quia vix putamus hodie dari casus l. 1. de fidej. tut. ubi heredes reneantur factum tutoris continuare. Sed usus aliquis esset hodie si continuarent spontè.*

## IV.

*Si vero continuarent spontè, 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 qua 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 distrahendis 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 pupillorum 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. Scto, 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. & t. t. Cod. de interd. matrim. inter pupillam & tutorem.*

F I N I S.





12943

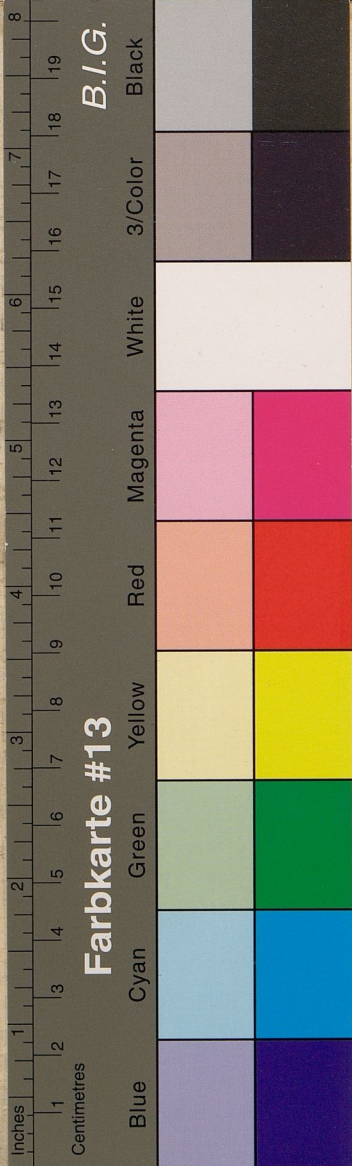
00 A 6340

ULB Halle 3  
002 925 400  


V 17







26 2.16  
5

DISSERTATIO INAUGURALIS  
DE  
CULPA AB HEREDI-  
BUS TUTORUM  
PRÆSTANDA,

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 GOTTLOB STEMPEL,  
Budiff.

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

