





DE PVPILLORVM AC MINORVM IN  
BONIS TVTORVM CVRATO.  
RVMVE PIGNORE ATQVE  
PRIVILEGIO

RETRACTATA QVAESTIO

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
SERENISSIMO AC POTENTISSIMO PRINCIPE  
ET DOMINO

P. 247.  
DNO FRIDERICO II

HASSIAE LANDGRAVIO RELIQVA

ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORD. AVCTORITATE  
VT ADITVM SIBI

AD SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES

APERIRET

AD D. XI. NOVEMBR. CIO IO CC LXXVIII

PROPOSVIT DISPVTANDAM

ARNOLDVS IKEN

BREMA-SAXO

MARBVIRI

TYPIS IOANNIS BAYRHOFFERI.



DE PATRIBUS AC MINORVM IN  
BONIS TVTORVM CVRATO  
RVM VE TIGNORE ADQVE  
PRIVILEGIO  
SACRAE CVRATAE

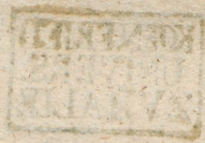
PRINCIPES MAGISTRVS  
SACRAE MAGISTRVS  
ET DOMINVS

DNO FRIDERICO II  
SACRAE LANDGRAVIAE

MAIESTAS IN CHRISTO QVAE  
VT KATHOLICA  
AD SYMMON IN YRROVE IVRE HONORE  
SACRAE  
AS DE MONTANA CIVITATE  
PROFICIT ASSERVANDAM

ARNOLDVS IREN  
BRUNNENSI

MARTINVS  
SACRAE MAGISTRVS



21/10/18



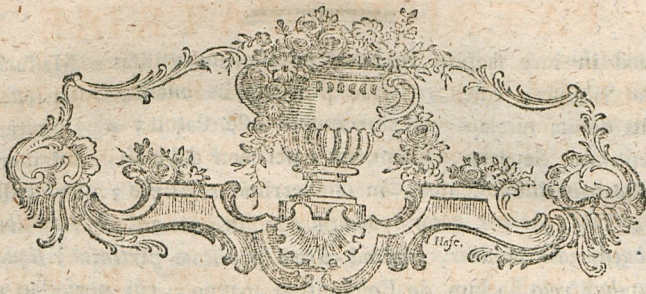
SPLENDIDISSIMO ET AMPLISSIMO  
INCLVTAE  
S. R. I. REIPVBLICAE BREMENSIS

SENATVI

VIRIS  
PERILLVSTRIBVS MAGNIFICIS  
EXCELLENTISSIMIS CONSVLTISSIMIS  
PRVDENTISSIMIS GRAVISSIMISQVE

PRAESIDI  
CONSVLIBVS  
SYNDICIS  
SENATORIBVS

PATRIBVS PATRIAE  
RELIGIONIS LIBERTATIS ET IVSTITIAE  
DEFENSORIBVS VIGILANTISSIMIS  
MV SARVM TVTORIBVS OPTIMIS  
PATRONIS AC FAVORIBVS  
OMNI REVERENTIAE CVLTV  
SVSPICIENDIS  
INTERQVE HOS PARENTI OPTIMO  
AC MERITISSIMO  
PERPETVAM FELICITATEM LAETISSIMOSQVE  
SAPIENTISSIMORVM CONSILIORVM SVCESSVS  
PIE PRECATVS  
DISSERTATIONEM HANC  
DEVOTA MENTE  
D. D. C  
ARNOLDVS IKEN



## PRAEFATIO



Satis inter omnes magno Romanos fauore pupillos  
ac minores profecutos fuisse constat, quibus  
illi prospectum esse omni ratione vellent.

Ac licet in Germania non eadem sit, quae  
apud illos, aetatis differentia, scilicet vt impuberes in tutela,  
in cura sint adulescentes: vtrique tamen populo probatum,  
hodieque cordi est, homines et educari, et eorum bona, cum  
propter aetatem ipsi minus possint, ab aliis administrari. Cum-  
que administratione res familiaris si non augeatur, at conserue-  
tur tamen: veteres illi Romani eo siue incubuerunt, siue se  
incumbere opinati sunt, ea vt recte gereretur. Praeterquam enim  
A quod

quod in iure saepius laudatur pupillorum utilitas: Massurius ille Sabinus, cuius rubricae pro legibus essent, inter officia aliis debita tutelam vel praecipuum esse statuit; et Imperator Septimius Severus, quem aut nasci non debuisse, aut mori, iudicabant intelligentes, in saluberrimo rescripto, quod exstat *l. 2. Dig. qui pet. tutor.:* omnem, inquit, me rationem adhibere subueniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo. Iam de Constantino magno, cui perfectae rei gloriam tribuit Balduinus, postea dicendi locus erit. Nihilominus sunt, qui Romanos hac in parte negligentius versatos fuisse iactent. Nihil enim iam ut de legitima agnatorum tutela dicam, quam introduxerunt Lycurgum secuti, cuiusque in rationes inquirat Huber digress. c. 3.: rectene, an secus, patris de tutore iudicium inquisitionem magistratus quamvis diligentem equiparare decreuerunt? Sed quaerere adinet, cur non satisfationem potius a tutoribus testamento datis exegerint? quandoquidem, Tryphonino monente *l. 10. Dig. de confirm. tut.*, non semper patris qualemcunque voluntatem defenderunt. Quidquid huius sit: multa variaque, eaque minime contemnenda, tum rei seruandae remedia pupillis et minoribus, tum beneficia concessa fuisse constat. Nam praeter actionem tutelae deque rationibus distrahendis prodita etiam erat tutoris suspecti accusatio, quae non, ut illae actiones, finita demum, sed durante tutela, institueretur. Cui porro non auditum est edictum illud pulcherri-  
 mum, minus licet accurate excerptum ab Institutionum compila-  
 toribus, quo tutores Praetor ad satisfandum allicere studeret?

Ipsa



Ipsa quoque satisfactio occurrit nominatorumque ac laudatorum obligatio. Quid? quod subsidiaria actio data est in magistratus minores, qui vel plane non, vel minus idonee satisfacti curassent. Succurrit Lex Laetoria, quae et maiorem aetatem definiuit, minoribus dolo circumuentis ita, ut in integrum restituerentur. Quam legem Praetor postea interpretatione sua latius extendit: qua de causa curam is dicitur gerere aetatis. Pupillo denique rem pecunia sua eam vindicare concessum est; quique ei non auctore tutore soluerit, vel cum ipso contraxerit, ad versionem in rem, quam dicunt, probandam tenetur. Sapienter ego haec omnia instituta largior: enimvero prospectumne satis fuit pupillo, si tutor vel male rem administrarit, vel plane neglexerit? Datum fuit pupillo exigendi privilegium. At quale? Non pauci interpretes sunt, quibus illud inter actiones in personam verti videtur. Num vero de hypotheca bonorum constitutum aliquid reperitur? non modo ut in rem agat pupillus aduersus possessores bonorum, sed in ordine quoque possidendorum aliis, ut vel hypothecam non habentibus, vel in eius iure posterioribus, anteponatur? Rursus multi aiunt temporibus iurisperitorum, quorum in Pandectis exstant fragmenta, hypothecam in bonis tutorum curatorumue tacitam insuetam fuisse, atque a Constantino, vel ab alio quodam Principe denique introductam. Quod cum in dubium vocauerit Iacobus Gothofredus is, qui Codici Theodosiano elucidando operam nauauit suam: motus ego viri auctoritate, cum specimen edendum esset, toto animo coepi de quaestione hac retractanda

cogitare. Iam igitur cum iuris capita huc pertinentia diligentius considerauerim: aggrediar non solum de pupillorum ac minorum privilegio exigendi, cuius frequens in Pandectis fit mentio, sed de hypotheca etiam in bonis tutorum curatorumue tacita, quam tanquam ius vetus ac receptum inculcant constitutiones, commentari.

§. I

DE PUPILLORVM AC MINORVM  
PRIVILEGIO EXIGENDI

Exstat in vulgata et Haloandrina Digestorum editione peculiaris titulus *de privilegiis creditorum*, qui in Florentina post l. 15. tit. de reb. auctor. iud. incipit; et in huius tituli inscriptione notatur. Eiusmodi vero privilegio etiam pupillos ac minores gauisos esse patet ex l. 19. §. I. tit. excit. de reb. auctor. iud., non causae illud quidem, ad exemplum restitutionis integri, sed personae concessum, quippe quam PAPINIANVS l. 42. Dig. de administ. et peric. tut. praecipuum ait mereri fauorem. Cumque hoc privilegium vel *pupilli*, vel *tutela*, vt l. 9. §. I. eod., vel *in bonis tutoris* dicatur l. 44. eod.: privilegia autem inter se discrepent, non solum ratione temporis, licet haec improprie CUIACIO auctore adpellaueris, sed modi quoque exigendi siue exactionis; rursus alia sint hypothecae tacitae, actionis in personam alia, alia denique praelationis: operae pretium erit inuestigare, cuius generi beneficium hoc pupillis  
ac

ac minoribus tributum sit adnumerandum. Quidam hypothecae illud tacitae praefereunt; sed ANTONIVS FABER in *Iurisprud. Papin. tit. 72. pr. 3. illat. 10.* existimat frustra pupillis privilegium exigendi datum fuisse, siquidem hypothecam tacitam habuissent, reprehensus eo nomine a IACOBO GOTHOFREDO, ad *l. 1. C. Theod. de administr. tut.*, quod vtriusque iuris effectus diversus sit, illius scilicet aduersus alios creditores, huius aduersus possessores rerum alienatarum. Rursus alii hypothecam tacitam cum privilegio coniungunt, promiscue allegando *l. 19. §. 1. Dig. de reb. auctor. iud. cum l. 20. C. de administr. tut.* Contra etiam plures, e quibus nominare mihi liceat VOETIVM ad *tit. Dig. in quib. caus. pign. §. 19.* HYBERVM *prael. ad π. tit. 2. lib. 20. n. 4.* PVFFENDORFIVM *Obseru. iur. uniu. T. I. O. 202.* LEYSERVM *Medit. ad π. spec. 226. m. 9.* et, qui nostra aetate eodem tendit, CEL. BRÖKESIVM *dissert. de pign. tac. pupill. a temp. delatae tut., §. 4.* privilegium inter actiones in personam verti, atque pupillum iis tantum, quibus e chirographo deberetur, fuisse praelatum arbitrantur. Alii denique nihil certi sequuntur, tanquam in vulgus res nota sit difficultatibus impedita magnis. Quid enim sibi vult, quaeso, hoc, quod ait DVARENVS ad *tit. Dig. de priuil. credit.,* pupillum esse privilegiarium, relatumque inter eos, qui iure exigendi, *πρωτοπραξία* quae est PLINIO *epist. 109 et 110. lib. X,* fruere-  
tur? Nam cum medium pupillo inter eum, qui in refestionem aedificii pecuniam credidisset, et sponsam, cui repetitio dotis esset, tribuerit locum: haereas plane, cur hypothecario eum

praetulerit, postposuerit sponsae, ne hypothecam quidem iure veteri habenti. v. l. 74. *Dig. de iure dot.* Num igitur ita collocandus erat, ut respublica creditrix, in quarta scilicet creditorum classe? Ita plane dicunt illi, quia iure Digestorum non habuerit hypothecam. Quod mihi quidem consequens esse non videtur: neque enim creditor funerarius hypothecam habuit, nihilo tamen minus is creditoribus praefertur omnibus. Forte id religionis fauore dicat quispiam sic institutum fuisse: cogitandum tamen amplius, ob verba *pr. l. 17. Dig. de reb. auct. iud.* „quod reddere cum, si viueret, funeraria actione cogi oporteret.“ Enimvero in refectionem insulae credenti Senatusconsultum hypotheca prospexit *l. 1. Dig. in quib. caus. pign. tac.*; recte omnino, cum pars rei, quam suis impensis conseruauerit, ei videatur deberi. Neque hoc prioribus creditoribus fraudi sit, utpote quibus facultas detur pignus persequendi usque ad eam summam, quam valeret res ante, quam is aliquid impendisset; qui et ipsi gratiam ei debent, quod interuentu eius nullo res periisset tota. Confer. *CONNANVS Comment. iur. ciu. IV, 7, 10.* Itaque hypotheca ei data est. Hoc amplius *Marcus Aurelius Imp. edicto*, cuius mentionem fecit *VLPIANVS §. 1. l. 24. Dig. de reb. auct. iud.*, creditori illi priuilegium concessit exigendi. Quidni idem factum in tutela esse statuamus? Scio equidem ex *l. 9. C. qui potior. in pign.* priuilegia creditorum a pignoris iure differre. Sunt enim, aiunt interpretes, actiones in personam, in quam creditores suo vocantur ordine. Quid autem? nonne praeter *VANDERANVM de priuileg. cred.*

7

cred. c. 3. Theſ. MEERM. T. II. omnes ſuntum funeris cui-  
que credito etiam hypotheca munito praeuertendum eſſe vno  
velut ore fatentur? Quod et PAVLLVS teſtatur *ſent. rec. 1,*  
*tit. ult. §. 4.* Contra ciuitati, pecuniam quae credidiſſet, *pri-*  
*uilegium inter chirographarios* duntaxat aperte tribuit §. I. l. 38.  
*Dig. de reb. auſt. iud.* De pupillo id minus conſtat. Sed et  
aliud eius iure Digeforum occurrit priuilegium, quo non tam  
iure pignoris, vt nonnulli volunt, quam domini tacite lege  
inducti, ſi res emta ſit ipſius pecunia, praefertur ea in re  
etiam prioribus creditoribus *pr. l. 7. Dig. qui potior. in pign.*  
Fac tutorem pecunia pupilli rem quampiam ſibi emiſſe. Ergo  
potior erit pupillus, ſiquidem nummi ipſius interuenerint:  
exiget, quantum ſibi debetur, licet tutor ante, quam tutelae  
munus acciperet, alii bona ſua obligarit. Cur non eiufmodi  
dicamus fuiſſe id, quod in bonis habuerit tutoris debitoris?  
Nam et debitor pupilli eſt, qui pecunia illius rem aliquam  
emit, tutor cum eſſet. Praeterea mouet nos illud, quod pri-  
uilegium illud *in bonis tutoris l. ult. Dig. de tutel. et ration.,*  
ſicut furioſi in bonis curatoris *l. 15. §. I. Dig. de curat. fur.;*  
quodque non, vt quodcunque aliud, amittitur, ſi uſuras acce-  
perit pupillus. *l. 44. de adminiſtr. et peric. tut. l. 24. Dig. de*  
*reb. auſt. iud.* Quod nonnulli obiiiciunt heredi non dari, id  
leue eſt: neque enim abhorret, pupillo, cuius tantus in iure  
fauor eſſet, prae aliis creditoribus ius aliquod ſingulare in bonis  
tutoris, ſed ipſi duntaxat, non etiam cauſſae, fuiſſe conſeſſum.  
Quae cum ego diligentius conſiderarem, in eam cogitationem  
incidi,

incidi, priuilegium hoc vel idem esse, vel simile saltem ei, cuius mentionem iniecit *VLPIANVS pr. l. 7. Dig. qui potiores in pign.*, quo pupillo facultas datur, rem pecunia sua emtam non solum a tutore, sed ab aliis quoque vindicandi. Sed ultra progrediamur. Non licitum tutori ante, quam rationes reddidisset, cum fisco contrahere, aut uectigalia conducere. *l. 49. §. 1. Dig. locati; l. vn. C. ne tut. vel curat. uectig.* Quam ob causam? Longum est cum *VOETIO* super crimine falsi disputare, quod tutor contrahendo incurreret: singulare id fuit in tutore, alius enim admisisset stellationatum: hoc existimo, si, vt multi interpretum volunt, pupillus priuilegium habuisset eiusmodi, quod inter actiones in personam uerteretur, non etiam hypotheca esset munitum, fisco tantopere ab illo non metuendum fuisse. At occurrit laudatus *VOETIVS*, tutori non ob hypothecam aliquam uectigalium conductione interdictum fuisse, sed idcirco plane, quod, cum durante contractu rationes reddidisset, reliquis ab eo solutis, nummi aliaeque res mobiles, quarum facilis esset alienatio, extenuari ac dissipari possent. Quasi uero non plures eiusdem rei dentur causae. Cedo, annon ex parte pupilli eadem citari possit ratio? cui, vt *PAULLI* uerba in *§. 3. l. 9. Dig. de publicanis* mea faciam, omnino uerendum esset, ne ipse ex causa fiscali oneraretur. Quid? si tutoris bona non pecunia numerata pretiosisque utensilibus, sed latifundiis ac nominibus, serutis, friuolis et id genus aliis rebus, quae in instrumento saepe hominis diuitis atque auari eiusdem sunt domestico, constarent: num prohibitioni illi potuit esse locus?

locus? Non equidem putarim: superest tamen ea, quam commemoravi, causa, praelato pupillo fore, ut fiscus privilegium suum amitteret pariter ac hypothecam. Quemadmodum igitur his similibusve argumentis haud inducor ad credendum id, quod VOETIVS, Belgii sui quondam decus maximum, pugnat, privilegium pupilli Digestorum iure non fuisse aliud, quam quod vxor vel sponsa habuisset ratione dotis, praelationem scilicet prae creditoribus ex chirographo: ita minus etiam probavit ille mihi verborum HERMOGENIANI suam in *l. ult. Dig. de tut. et ration.* interpretationem, si eo nomine cautum non sit: quae sic voluit intelligi, ut exigendi tamen privilegium habeat pupillus, cui non expresse vel nominatim tutor bona sua obligarit; nam ita prorsus accipienda sunt, privilegio locum esse, si tutor non satisfecerit, h. e. cautionem, *rem pupilli saluam fore*, haud praestiterit. Denique non videtur VOETIO vilius esse ponderis id, quod nonnulli vrgent, pupillo in *l. i. §. 14. Dig. de magistr. conven.* privilegium in bonis magistratus idcirco denegari, quod illud in bonis tutoris habeat constitutum. Etenim *privilegium in bonis* non hypothecam vult significare, sed in pretio ex eorundem venditione redacto praelationem. At locus HERMOGENIANI, unde hoc privilegium in bonis ducitur, mihi quidem vehementer videtur ad rem propositam pertinere. Quare ut meum de causa hac quaecumque iudicium interponam, fateor, me, ingenue, perlegendis inter seque comparandis tam discrepantibus interpretum sententiis incertiorum multo, quam ante, redditum esse. Neque enim idem licet,

B

quod

quod CUIACIO, summo iuris Romani interpreti, confidenter ita statim affirmanti, verbis *l. vn. C. rem alien. gerent.*, cum *sua causa*, hanc, de qua quaestio est, tacitam intelligi hypothecam. Sed quamvis mihi meae sim tenuitatis conscius, tamen me eorum, quos consului, interpretum argumentis haud passus sim vinci ita, ut credam, Romanos tum, cum non requirerent satisfactionem, sola inter chirographarios *πρωτοπραξία*, qualis *l. 38. §. I. Dig. de reb. auct. iud.* tribuitur reipublicae, quamque PLINIUS loco supra citato urbibus adscribit Bithyniae, pupillis ac minoribus voluisse prospectum. Quae enim, quaeso, pupilli hac parte cum ciuitate instituitur comparatio? Nam ciuitas quidem creditrix ius exigendi nanciscitur e contractu, quem cum debitore iniit: at pupillus cum tutore non contrahit, sed tutor ei quasi ex contractu, simulac rerum ipse susceperit administrationem, obligatur. Illa praefertur chirographariis, cum ipsa pecuniam dederit mutuam: hunc, qui eis praefendum censeas, qui neque tutori crediderit, nec aliud cum eo contraxerit negotium? Ceterum mirari subit, cur interpretes non in causa ponant rerum ciuitatis administratorem, qui sit reliquatus: hic enim cum reliquatore tutore comparari omnino potest. Verum de illo silent, quoniam praeconcepta eos tenet opinio, pupillo non aequae, ac reipublicae, tacitam ex administratione concessam fuisse hypothecam. Interim Athenienses Demosthenes tradit (*κατ' ἐνίτ*), quorum quidem leges in primis probatae Romanorum fuerunt Decemuiris, tutorum bona pupillis obligari voluisse. Vtrum igitur et hanc legem Decemuirum assumerunt?



ferunt? quidni? praesertim cum ipse CICERO tutelae iudicium in summae existimationis velit, et, paene dicam, capitis iudicii haberi. Num illius vim argumenti senserint docti homines, nescio: neminem quidem praeter VANDERANVM, *de priuil. credit. c. 6*, usum eo esse memini. Quid vero est, quod ad satisfactionem nos, laudatorum item ac nominatorum obligationem, subsidiariam denique aduersus magistratus minores actionem ablegant? quandoquidem vel ex Institutionibus satis notum est, magistratus tantum minores cum satisfactione, maiores autem cum inquisitione tutores dedisse, ac ne inquisitioni quidem, quae in bona et mores fieret tutoris, locum fuisse tum, cum pater in testamento de tutela cauisset. Quid enim? si tutor, vel patris iudicio, vel magistratus inquisitione quamuis diligenti probatus, soluendo esse desineret? annon praecautum atque prouisum putas pupillo a Romanis, ne is damno afficeretur? Ecce in bona tutoris fieri solita apud eos inualuerat inquisitio? num dicis gratia? certe: nisi ipsa quoque cum persona rem alienam gerentis obligari existimarent. Nam ita cautio in re esse videretur, quam ipse POMPONIVS potiore ea, quae esset in persona, statuit *l. 25. Dig. de reg. iur.*, licet ex antiqui iuris patronatus ratione satisfactionem, h. e. cautionem fideiussoriam, in iudicio probassent. Quid? tutore praeter spem et expectationem bona sua disperdente: nisi ea pupillus vindicare posset, ubi ille tantopere a PAPINIANO praedicatus huius fauor? Sane conditionis fuisset deterioris, quam qui tutorem a quocunque acciperet magistratu minore. Cur falsi fiebat reus, qui suscepto tutelae munere

vectigalia conduceret, aut quodcumque cum fisco negotium con-  
 traherét? Quaestionem supra illam quidem attigi: sed addere  
 hoc loco liceat, cum fiscus non nisi in bonis post contractum  
 quaesitis haberet hypothecam cum priuilegio: omnino ei me-  
 tuendam fuisse anteriorem pupilli cum priuilegio solidum exi-  
 gendi reliquationis: minime vero praelationem prae chirogra-  
 phariis, utpote inter quos et fiscus, et pupillus, ne referri  
 quidem posse videretur. Solidum autem e bonis tutoris con-  
 sequi posse pupillum haud obscure intelligimus ex antithesi illa  
 VLPiani, l. 1. §. 14. de magistr. conuen.: *pupillum in bonis  
 magistratum priuilegio non usurum, sed CVM CETERIS  
 CREDITORIBVS PARTEM ESSE HABITVRVM*; enimvero si hunc locum contuleris cum illo HERMOGENIANI  
 l. ult. Dig. de tut. et rat., nihil profecto dixeris aptius ad rem,  
 quam pupillo, cui satisfidatum non sit, siquidem is cum aliis  
 tutoris creditoribus concurrat, his in exigendo debito esse ante-  
 ponendum. Cui priuilegio cum pupilli persona causam dederit,  
 nemini mirabile videri debet, cur heredi illud negetur, tutor-  
 que a crimine falsi liberetur, post eius mortem contrahens cum  
 fisco. Neque dubium mihi quidem est, quin idem priuilegium  
 vim habeat ad rerum a tutore alienatarum possessores; etenim  
 sufficit, tutorem reliqua soluere non posse. Quare cum pupillus  
 ex priuilegio suo exigere solidum possit, parum quidem inter-  
 esse arbitror, utrum actione illud in personam, an in rem utili  
 consequatur; at vindicationem, si ea opus sit, habebit ex lege,  
 quae tacite tum induxit dominium in rebus pecunia illius, siue

a tutore, siue ab alieno comparatis, tum in euentum reliquationis, h. e. patrimonii eiusdem in administratione vel dolo, vel culpa diminuti, in bonis tutoris omnibus constituit hypothecam.

## §. 2

INTERPRETATIO L. VN. C. REM ALIEN.  
GERENT.

Non equidem mihi pupillorum minorumque videor exaggerasse exigendi, cuius in Pandectis fit mentio, priuilegium, utpote fisco quoque, qui et priuilegio et hypotheca gauderet, pertimescendum, idque eo usque, ut tutor, dissimulata pupillari obligatione, siue adhuc gereret; siue finito officio rationes nondum reddidisset, falsi crimen, vel vestigalia conducendo, vel cum fisco contrahendo, incurrere videretur. *l. i. §. 9. ad leg. Corn. de falsis, l. 49. §. 1. Dig. locati, l. vn. C. ne tut. vel curat. veftig.* Neque tanti erat laborare in quaestione, num hypotheca haec in bonis tutorum curatorumue tacita iurisconsultorum iam aetate, quorum quasi naufragii tabulas quasdam fragmenta etiamnum suspicimus admiramurque, obtinuerit; multoque magis **BALDVINVM** miror, interpretem iuris sane quam elegantem, eo delapsum esse, ut **CONSTANTINVM**, et re illum, et nomine magnum, hypothecae illius perhiberet auctorem. Sane tale quidpiam e verbis constitutionis *20. C. de administr. tut.*, quam pro sententia sua excitat, excuspi non posse, sequenti spho-

offendam. Conuenit igitur mihi cum IAC. GOTHOFREDO, VOETIO, VISSENBACHIO aliisque, iam ante CONSTANTINVM hypothecam illam tacitam introductam fuisse. Quisquis vero illius fuerit auctor, neque enim principem aliquem fuisse necesse est, minus profecto is pupillis ac minoribus succurrisset, hypothecam tantummodo tacitam loco priuilegii, quo antea vterentur; eis concedendo. Nam, si cum plerisque eorum, qui nostra aetate hac de re commentati sunt, priuilegium ab hypotheca separaueris, in hypothecariis illi simplicibus forent collocandi, incommodo suo haud exiguo, praesertim cum hodie quibusdam in locis hypothecae tacitae publicis expressis postponantur. Sed priuilegium iam monuimus hypothecae respondere, plane ad eundem modum, quo eius, qui in refectionem aedificii credit, cui hypotheca Senatusconsulto constituta est, *l. 1. Dig. quib. in caus. pign. tac.*, qua in concursu quoque creditorum vtitur, sibi que locum inter hypothecarios priuilegio munitos vindicat. Sed quorsum haec disputo? quia propositum mihi est interpretari *l. vn. C. rem alien. gerent.*, ex qua quidem CVIACIVS, GOTHOFREDVS, VANDERANVS, VISSENBACHIVS, alique hypothecam illam iam temporibus ANTONINORVM receptam vsu fuisse contendunt. Etenim haec constitutio est SEVERI et ANTONINI, patris ac filii, quorum ille tam diligenter se ambitioseque curare minorem aetatem professus est *l. 2. Dig. quando ex facto tut.* Verba eius haec habentur:

IMPP.

IMPP. SEVERVS ET ANTONINVS  
AVGVSTI PVBLICAE

*Non est interdictum tutoribus vel curatoribus, etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare. Potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare fisco nostro: nam et priuato potuisset.*

Patet non solum ex inscriptione, sed e verborum quoque contextu, subnotationem esse, qua Imperatores feminae cuidam, quae Publica vocaretur, ac dubitaret, an curator suus fundum aliquem ex bonis suis fisco obliigare potuerit, ius declarauerint rescribendo, tam fisco, quam etiam priuato potuisse propterea, quod onus ei inhaerens obligatione hac non esset sublatum. Sed quale onus intelligitur hic? Nam dicitur et *caussa* prioribus legis verbis, quacum scilicet bona sua alienare tutoribus curatoribusue non sit interdictum. Cumque *caussa* vocabulum plures significatus habeat, quos BRISSEONIVS de V. S. de industria collegit: hoc quidem loco pro iure conditioneque rei accipitur, neque fructus illud significat, verum onus aliquod rei inhaerens, plane vt in l. 67. *Dig. de contrah. emt. vendit.*, et in l. 12. *C. de distract. pign.*, cuius verba, cum ad rem vel inprimis videantur pertinere, en adpono. *Si debitor rem tibi IVRE PIGNORIS OBLIGATAM, te non consentiente, distraxit, dominium CVM SVA CAVSSA transtulit ad emptorem.*

Per-

Pertinet huc quoque *l. 3. C. de remiss. pign.*, ubi debitor hypothecam dicitur alienare *saluo iure creditoris*. Iam cum illis ex locis appareat onus et causam nihil aliud, quam pignus vel hypothecam, significare; haec promiscue vocabula usurpanti in mentem mihi venit, quod MARCIANVS alterum ab altero non nisi nominis sono differre dicit, *l. 5. §. 1. Dig. de pign. et hypoth.*, et recte quidem, ex quo tempore hypothecaria formula, de qua singularem ipse conscripsit librum, fuisset ad pignoris causam adcommodata. Etenim quae, quaeso, causa est, cur pignus pro iure in re venditent interpretes: quando retentio quidem ac distractio rei ex natura contractus facile intelliguntur? Nimirum *iuris* illi indicant *persecutionis*, id quod ex contractu esse nemo dixerit propterea, quod hypothecaria vel Seruiana utili tenetur is, qui cum creditore nullum contraxit negotium. Possessor, inquam, aduersus quem in rem agitur. Quare sensu non nisi improprio pignus, aequae ac hypothecam, pro iure aliquo in re aliena accipi licet. Neque mirum videri debet, cur promiscue, ut supra monui, utamur nunc hisce vocabulis; et pignus quoque tum res singulas, vel plures coniuncte, tum bona omnia, quae quis habet habiturusque est, afficere dicatur. Sed ut redeam illuc, cum pignus esse possit vel expressum, vel tacitum: vtrum eorum intelligendum sit in constitutione nostra, haud immerito quaesueris. Rursus si, ut multi opinati sunt, expressum, alia subnascitur quaestio, voluntate illud debitoris, an a iudice iudicati exsequendi causa, an a praetore denique per missionem ex primo decreto fuerit constitutum. At GOTH-

FREDVS vult tacitum fuisse. Quod cum a suscepti muneris ratione pendeat, vnde et necessarium eiusmodi pignus appellatur: mirum vtiq̄ue est, quod is obseruare sibi videtur, non a tempore illud delatae tutelae, sed ea finita demum, reliquorumque tutore condemnato, vim suam explicare; quanquam ipse rationem huius, quod commentus est, iuris singularis inde repetit, quod per sententiam ius pignoris adquiri non sit solitum. Sequitur GOTHOFREDVM PVFFENDORFIVS *obs.* 202. *excit.*, sed, vt recte sententiam eius exprefferit, vereor. Nam ille quidem CONSTANTINVM M. *in l. 20. C. de administr. tut.* negat ius aliquod nouum constituisse, verum, quod iam pridem et SEVERO et ANTONINO constitutione, qua de agimus, placuisset, disputat, vt inde a tempore condemnationis iudicatique tutoris curatorisue scilicet bona eius pignore quodam tacito tenerentur. Contra ea PVFFENDORFIVS constitutionem SEVERI et ANTONINI ad ius vetus, CONSTANTINI autem ad nouum traxit; diserte licet GOTHOFREDO mentem suam declarante verbis his: *ita stetisse ius tacitae hypothecae vsque ad legislationem IVSTINIANI nouam, l. 6. C. de bonis quae lib.*, quacum constitutio eiusdem tituli vltima esset coniungenda, sed falsam interpretationem modeste nos indicasse sufficiat. Quid autem ANTONIVS FABER? amplectitur is atque acerrime defendit BALDVINI eam, quam repudiauimus, sententiam. Locum accepit de hypotheca expressa, quam tutor condemnatus pupillo in bonis suis constituisset; eandemque et VOETIVS, et plures nobis persuasum eunt. HYBERVS sane, quid vetat, C  
inquit,

inquit, *praelect. ad Dig. l. c.*, intelligi expressam, quae est e contractu, cum tacitae nulla fiat mentio, causae praeterea nomine fructus accessionesque plerumque veniant. Iam vtut causae nomen concedam latissime patere, vt ad plura quoque id pertineat, quam HVBERVVS vel vidit, vel monuit: nihil tamen propter *l. 12. C. de distr. pign. excitatam* videtur magis consentaneum esse, quam causae vocabulo hoc quidem loco intelligi hypothecae onus, ad singulos quod transeat rei alienatae possessores. Qua in sententia et CVIACII me confirmavit auctoritas. Restat, vt quid VANDERANVS, cuius *de privilegiis creditorum liber e tractatu tractatum*, tot Glossatorum sordibus inquinato, vtique in mundiorem locum transponi meruit MEERMANNIANI Thesauri Vol. II., de re senserit proposita, videamus. Is vero, postquam multum consumserat operae in explanatione *l. ult. Dig. quib. in caus. pign. tac.*, quippe in qua privilegium tacitae hypothecae pupillorum minorumque reperire sibi videretur, interpretibus plerisque omnibus locum hunc neque de hypotheca tacita, neque de coniuncto cum ea privilegio exigendi, verum de pignore, quod nominatim pupilli heredi constitutum esset, accipientibus, tandem pro explorato habet posuitque hoc, quod equidem adfirmare non ausim, hypothecam, de qua quaeritur, tacitam, rescripto hoc ipso, quod interpretandum sumimus, fuisse introductam. Quid enim, inquit, aliud, quam hypothecam significant verba illa, fundum cum suo onere obligari? Tanto Interpretum dissidio nihil deterritus ipse quoque ad rem scriptione pertractandam accessi:

quò



quo successu, intelligentium sit lectorum iudicium. Iam primum e verborum contextu, in quo nihil inest difficultatis, perspicimus, tutores curatoresue potestate res suas gaudere alienandi, neque quidquam referre, vtrum de reliquatione illorum constet, nec ne; neque vero alienationem impediri eo, quod a iudice condemnati iudicatiue sint, quandoquidem res saluo creditoris iure, h. e. cum hypotheca in eis constituta, quocunq; titulo in alios transferri possunt. Auctores igitur rescripti argumentum ducunt ab alienandi facultate ad oppignerationem: quia scilicet debitori rem liceat hypothecae datam alienare, idcirco illum et obligare eandem posse; idemque verba sibi volunt *l. 12. C. de distract. pign.* Quid ergo? illene et tacite obligatam potest? Etsi non infimi subsellii quidam, sed magni nominis interpretes expressam hypothecam paene depereant: totum ego tamen rescriptum pro aenigmate potius Sphingis aliquo, quam pro responso iuris haberem, si in eo subintelligendum esset pignus eiusmodi, de quo nominatim conuenisset debitorem inter ac creditorem. Quid enim? num causa proponitur tantum tutoris condemnati? nonne etiam eius, qui nihil pupillo debere videatur? Verba sane conditionalia, *ETSI ex eo titulo debitores existant*, hanc causam non excludunt. Quam ridiculam autem foret, si tutor nihil pupillo deberet, eundem statui bona sua huic ante, quam alienaret, expresse obligasse? Sin reliqua fecisset, propter quae pignus teneret: nonne facilius est intelligere tacitum, quam expressum, de quo, an et quando fuerit constitutum, e verborum contextu haud constet? etenim tacitum

illud in omnem causam accipi licet, ut omnino accipiendum est propter incertum reliquationis ex administratione. Quod cum ex satisfactione quoque tutorum pateat, fideiussoribus uniuersae rem pupilli saluam fore spondentibus, mirum est, qui GOTHOFREDI sagacitatem haec fugere potuerint. Illa enim is interrogatione tantummodo ad expressum pignus remouendum vitur: „ quae causa, quod onus suum fingi potest, ubi nihil expresse conuentum, nisi sua, et inhaerens tacita lege pignoris causa onusque? Dixerit quispiam, etsi minus voluntarium, at iudiciale intelligi pignus posse. Quae ratio cum GOTHOFREDVM attingat maxime, ipse sentiens opinionis suae incommoditatem occurrit ita, non quidem per sententiam ius pignoris adquiri in bonis condemnati, sed actionem in personam, donec iudicati exsequendi causa ventum ad pignorum capionem sit: attamen in tutoris condemnati causa singulare hoc esse constitutum, ut, simulac sententia aduersus eum lata sit, eius bona pupillo tacito pignoris iure obligentur. Enimuero § seq. disputandi porro super commentitio hoc iure cum GOTHOFREDO locus dabitur: in praesentia monuisse sat erit, non hic de rebus singulis, in quibus iudex ratione ordinis et privilegii habita constituere pignus possit, verum de bonis omnibus, hypotheca quadam affectis, e quibus alienare aliquid cupiat tutor oppignere, agi. Quare *causae* vocabulo equidem hypothecam arbitror in bonis omnibus intelligendam esse, eamque pupillo, cui satisfdatum non sit, profuturam ita, ut, rebus a tutore quibuscunque alienatis, aduersus earum possessores Serulana ille utili experiri queat.

## §. 3

SENTENTIA L. 20. C. DE ADMINISTR.  
TUTOR. DECLARATA

Constitutio, ad quam nunc aggredimur interpretandam, in Codice IUSTINIANO his expressa verbis est:

IMP. CONSTANTINVS AVGVSTVS  
EVSFEMIANAE

*Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibi met vindicare minime prohibentur.*

† Idem est, etsi tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit.

Dat. VII. Cal. April. Treueris Volusiano et Anniano  
Coff. 314.

At in THEODOSIANO, cuius eodem titulo haec prima reperitur constitutio, inscriptionem sic exhibet IACOBVS GOTHOFREDVS: IMP. CONSTANTINVS A. ET IVLIANVS CAESAR, censetque *Iuliani* loco *Licinium* esse reponendum. Sed RITTERVS Vir ill., cuius THEODOSIANI Codicis editio longe omnium optima est, abesse istud Caesaris nomen a Codice Würceburgensi notans, ut legatur potius, auctor est,

IMP. CONSTANTINVS  
A. ET C.

quam lectionem vel maxime probauerim propterea, quod Caesaris

faris nomine ea tempestate non principem hereditarium succes-  
 sorem in imperio designatum, sed ipsum Imperatorem Byzan-  
 tinum significatum nouimus. Sed neque consultoris nomen in  
 Codice THEODOSIANO exstat, neque appendicula illa, quam  
 asterisco praescripsimus, tutoris bona non minus de neglectis,  
 quam de male gestis teneri; quae *p̄ncipis* legi procul dubio a  
 TRIBONIANO sociisue adfuta est. Iam ad rem ipsam ut me  
 adcingam, lubens equidem sententiae subscribo, quam cum  
 IAC. GOTHOFREDVS, tum VOETIVS aliique, in re ipsa  
 quantumuis dissentientes, agnoscunt, Imp. CONSTANTINVM  
 hoc rescripto ad mulierem priuatam emisso non ius nouum  
 aliquod, sed quod in ipsa rerum ratione iam obtineret, indu-  
 ctum iuisse; etenim verba in primis illa, *minime prohibentur*,  
 non Principis sunt ius nouum constituentis, sed id inculcantis  
 consultori, quod dudum vsu receptum esset. Vt ut igitur nec  
 FRANCISCI BALDVINI inuentum, nec, qui eum sequitur  
 ANTONII FABRI rationem haud spreuerim, qui pia quadam  
 ratione imperatorem CONSTANTINVM statuunt sub imperii  
 auspiciis, ut prohibitionem alienationis rerum minoris dilataue-  
 rit, ita et in eo bene de pupillis ac minoribus voluisse mereri:  
 tamen, cum veritas probanda sit vnice, relictis ego elegantium  
 interpretum opinionibus, quorum similem vix hodie reperias,  
 meummet secutus sum iudicium; neque vero pragmaticis vn-  
 quam cessi, qui rebus, (ita iactant,) intenti, illustria quamlibet  
 saepe argumenta pro obsoletis nauseant, quasque semel suscepe-  
 runt opiniones, eas tenent mordicus, studium recondita quae-  
 que

que ex iure ciuili eruendi eleuantes. Cum igitur constitutio CONSTANTINI haec aequae, ac illa SEVERI et ANTONINI, quam explicauimus, rescriptum sit vel subnotatio, priuatae cui-dam data: in eius interpretatione ita versabimur, vt ante omnia, quid GOTHOFREDO de ea visum sit, adferamus, sed strictim ac summatim, post deinde nostra addamus. Ac primum is constitutionem citauit DIOCLETIANI et MAXIMIANI, numero quae est 17. *C. de administr. tutor.*, ad confirmandum id, quod supra ad l. vn. *C. rem alien. gerent.* de pignore tacito ex ipso protulimus, consultoris scilicet dubitantis, an tutor rem suam donare possit, non dubitaturum autem, inquit, fuisse eum, quod et nos concesserimus, nisi pignus alienationi obstare credidisset. Iam in tempus inquirens, a quo iurifconsultorum atque CONSTANTINI aetate pignus illud, pupillis ac minoribus tributum, tutorum curatorumue bona affecerit, non, inquit, ab initio administrationis, sed tutela deposita, reliquorum tutore condemnato iudicatoque. Quod minime mihi probari, quamuis alibi GOTHOFREDVS placeat, dixi iam iterumque hoc loco profiteor. Nam si pupillus tum demum hypotheca muniretur, cum tutor reliquorum condemnatus iudicatusque rem quampiam vellet alienare: profecto male cum eo ageretur, siquidem parati essent hypothecarii priores, ipse v. g. rei emtor, qui forte eam ante, quam de vlla tutoris reliquatione constaret, sibi obligari curasset. Quid? quod verba constitutionis, *pro officio administrationis bona obligata*, aperte de pignore tacito iam ante rerum singularum alienationem in bonis tutoris omnibus consti-  
tuto

tuto capienda sunt. Cum enim ob id ipsum pignus pupillo liberrima data sit facultas res alienatas ab earum possessoribus vindicandi: quid clarius est adque intelligendum facilius, quam tutoris bona, simulac is gerere incipiat rerum pupillarum administrationem, hoc est, statim atque ei tutela delata sit, obligari pupillo; neque in oppignoratione hac tam ipsius consensum, quam utilitatis publicae tacitam legem spectandam esse. Qua re fit, ut pupillus, cui satisfidatum non sit, si quando tutor ei reliqua solvere non possit, ex vi taciti huius pignoris, et vindicet res ab illo alienatas, et in Serviana praefertur creditoribus, quibus eadem durante tutela fuerint obligatae. Nisi enim hoc iure gauderet: ab administratore, cuius tempore inquisitionis adhuc libera bona, postea autem vel oppignerata, vel quocunque titulo translata in alium fuissent, sine cautum esset? Sed ad GOTHOFREDVM: cui, parum abest, quin in mentem venisse existimem reuocatoriam, quam dicunt, PAVLIANAM, quam ipsam quoque aequae ac hypothecariam hanc minoribus comparatam esse, non contemnendi sunt auctores, qui suspicentur. At firmiter illi sibi repetere posse argumentum visus est ex l. 6. C. §. 4. de bonis quae lib., quacum vericulus discretis l. ult. C. de legitima tutela esset coniungendus. Nam cum Imperator IVSTINIANVS in nobilissima hac constitutione, septies in palatio recitata, diserte posuerit, ratione tacitarum hypothecarum antiquis legibus introductarum dubitatum fuisse, a quo illae tempore tenerent, ab initio, an ex eo tempore, quo aliquid male gestum esset: breuiter ita rem ille expediuit,  
non

non hoc tempus, sed initium gerendae vel deferendae administrationis spectari debere. Atque sic etiam cit. versic. *discretis PLENISSIMAM* is intelligit, qua tutorum curatorumue bona affecta sint, hypothecam. Quodsi ante *IUSTINIANVM* ea de re dubitatum fuisset, nouam nosser ab hac *IUSTINIANI* legislatione epocham ratione initii illius tacitae hypothecae arcessiuit. Sed ante *IUSTINIANVM* negat, nisi finitae tutelae tempus, quo et actiones tutelae deque rationibus distrahendis institui potuissent, spectatum; tum enim, siquid tutor alienasset, id cum onere suo transferri consueuisset, aequo pupillo vindicari potuisse; non aequo, si durante tutela alienasset, et id genus alia. Sed etsi rem illam iure veteri dubitationi obnoxiam fuisse concedam, et simile aliquid mihi videor intelligere ex *l. 9. §. 1. Dig. de administr. et peric. tutor.*, verior tamen sententia valuit, quam et superiora rescripta a nobis declarata probant, nec Imperatores *LEO* et *ANTHEMIVS* repudiant *l. 6. §. 2. C. de secund. nupt.* verbis, illis *res ad eam peruenerint*: verior utique haec, quam et defendimus, et *IUSTINIANVS* adoptauit, deprehenditur sententia. Neque dubitandi rationes tanti fuisse, ut eas vel attingeret Imperator, e *compendiosa* illius narratione intelligimus. Iam nisi forte has a *IUSTINIANO* omissas rationes diuinando adsecutus *GOTHFREDVS* sit, quidnam in ista constitutione repererit, quod pro commento suo adducat, equidem his oculis, quamuis ad videndum intentis, non vidi. Nimis quoque aperte loquuntur verba legis nostrae, *pro officio administrationis bona obligari*, quam ut hypothecae illi ab alio tem-

D

pore

pore vllō, atque ab initio inde tutelae, vel, vt ANTONIVS FABER ait *Cod. Sabaud. lib. 8. tit. 7. def. 1, ex die suscepti officii*, ad quod et *confirmationem* hodie pertinere, non est, quod moneam, tutoris bona obnoxia esse censeamus. Neque quidquam praesidii, qui cum GOTHOFREDO sentiat, in illis habiturus sit, *si debitores existant*, quibus et per me licet subintelligi, *rationibus redditus reliquisque explicatis*: quamvis enim ante hoc tempus haud constet, quid et quantum a tutore pupillo debeat, monente CALLISTRATO l. 32. *Dig. de condit. et demonstr.*: nulla tamen cogit ratio, vt inde initium repetatur hypothecae, quae non modo generalis sit intuitu bonorum, sed et in euentum reliquationis cuiuscunque, h. e. in omnem causam, constituta. Neque refert, vindicationem rerum a tutore alienatarum a pupillo tum demum, cum appareat reliquatio liqueatque rem illum male gessisse, suscipi posse: satis est, actionem tenere aduersus eos, quibus durante tutela res fuerint traditae, siquidem aliter rem suam pupillus nequeat saluam habere. Nec denique finitae tutelae tempus districte actioni instituendae erat praesiniendum, cum vel tutoris suspecti accusatio, vel alia causa iusta, valere ad hoc iuris remedium maturandum possit. Huc accedit ratio iuris grauissima, et ab IUSTINIANO rescripto CONSTANTINI subiici iussa, tutorem non minus de neglectis, quam de male gessis teneri. *v. tit. C. si tut. vel curat. non gess.* Fac enim tutorem iam ante munus sibi delatum, patri quam deberet pupilli, pecuniam neque a semet exegisse, neque in rationibus inter accepta retulisse: nonne huius pecuniae nomine



nomine cum ipse teneatur, et bona eiusdem teneri statim, et hypothecariae, cum opus sit, fore locum existimemus? Conferri merentur, quae Cel. STRUBEN ea de re observavit utilia in *den rechtlichen Bedenken*, Vol. III. n. 149. Certe dicendum est eos, qui hypothecam a tempore rei male gestae repeterent, quosque secutum se haud obscure significat GOTHOFREDVS, melius etiam ipso pupillis ac minoribus consultum voluisse propterea, quod etsi tutores apud Romanos non nisi finita tutela rationes redderent, saepe tamen, (*semper* nolui propter incertum nouae cuiusque acquisitionis) e depensis et acceptis singulorum annorum perspici posset, quo tempore tutor reliqua fecisset. Cum ergo contorta falsaque GOTHOFREDI ista rescripti reperiatur interpretatio: an ad PAVLLIANAM, quae inter tria creditorum cridariorum refertur beneficia, inslecti ea possit, videamus. Enimuero neutro Imperatorum rescripto bona respiciuntur ea, quae a creditoribus possideantur, qua in caussa et ipse pupillus reuocationem sustinet secundum l. 6. §. 10. *Dig. quae in fraud. cred.* Verum siquid ex bonis suis tutor reliquorum iudicatus alienarit, eius rei ob tacitum eidem inhaerens pignus, pupillo conceditur vindicatio. Quin et ante bonorum cessionem a tutore factam ius suum persequi eidem licere, ex utroque rescripto recte adfirmatur. Quid? quod cessat reuocatio, si pupillus rem aliquam tutoris possidet, vt habent tit. excit. bina capita 13 et 22, quae licet non de pupillo, verum de quocunque creditore pigneratitio sint, nihil vetat in rem nostram verti, cum iure ciuili tacitum pignus eandem vim habeat, quam

expressum, et suo iure, non rei seruandae causa pupillus possidere videatur. Fraudis vero suspicioni, quam ex causa lucrativa abesse vult *VLPIANVS cit. l. 6. §. 10. eod.*, hic locum esse, haud equidem crediderim, neque idcirco scrupulum posse §. 13. *l. 10.* cuiquam iniicere. At, cum de *PAVLLIANAE* utilitate nihil in his locis extet, quod isti colorem commento praebeat: piget me fere haec illius defendendi causa adiecisse.

Sed audiamus et alios, qui nostra aetate praeter illustrem *BROCKESIVM*, quem iterum dico, ea de re commentati sunt, quorumque librorum non ita statim copia erat opera hac qualicumque suscepta.

Primo igitur in manus venit *de iure pignoris* egregius liber, vernacula conscriptus ab *III. VESTPHALIO*, quem laetamur vel aliqua ex parte nobiscum sensisse. Praeterquam enim quod *l. vn. C. rem alien. gerent.* et *l. 10. Dig. in quib. caus. pign. tac.*, de qua sequenti §pho dicemus, de pignore accipit tacito, etiam *pr. l. 7. Dig. qui pot. in pign.* quodammodo ad rem nostram putat pertinere §. 100. n. 120. Neque, si res pecunia pupilli emta sit, refert, vtrum, vt ille vult, tacite ex vi legis, eius hypotheca cum iure separationis in concursu creditorum introducta fuerit, an, suggerente nobis *CONNANO*, dominium in hunc quidem euentum, si pupillus rem suam a tutore saluam habere non possit. Verum minus ista arrident propterea, quod verba generalia *pr. l. 7. Dig. qui potior. in pign.* vix accipi posse ratus est de causa tertii cuiusdam, pecunia pupilli rem  
com-

comparantis, multo minus etiam huc pertinere *pr. l. 3. Dig. de reb. eor. qui sub tut.*, vbi tamen, nisi me omnia fallunt, pupillus alter, cui alterius pupilli pecunia fundus sit comparatus, ratione tutoris pro tertio haberi potest; neque oratio SEPTIMI SEVERI huc trahenda erat, cum, quidquid dicat VOETIVS, *ad tit. qui potior. in pign. §. 15*, nihil ibi habeatur de conuentione expressa, cuius mentionem iniicit *§. 4. l. 1. eod.*, sed elegans fiat comparatio fisci cum pupillo: vtrique enim ius pignoris saluum esse ex priuilegio, licet nihil de eo conuenisset. Potius videri possit priuilegium hoc fortius restitutione integri, vtpote quam minori aduersus minorem dari haud conueniens sit eo, ne magistratus, alteri concedendo, iniurius in alterum videatur. Denique vt initium hypothecae tacitae ad tempora M. ANTONINI cum ipso, sine idoneis testimoniis, haud retulerim: ita quid verbis *n. 124. ad §. 103*, priuilegium exigendi, cuius in Pandectis fiat mentio, ad *protutores, curatoresue furiosorum debiliūque pertinere*, spectauerit, ingenue fateor me nescire.

Sed valde sententiae nostrae aduersantem habemus III. BAVERVM, Antecessorem Lipsiensem, eleganti *de pignore pupilli* dissertatione. Repudiato is veteri iure, quippe quod nihil, nisi priuilegium actionis in personam concederet, fontem hypothecae tacitae iudicauit rescriptum CONSTANTINI nostrum, quod, a IUSTINIANO Codici inferi iussum, ab ipso deinde et *l. 6. C. de bon. quae lib., §. 1. l. vn. C. de rei vxor. act. et Nou. 118. c. 5.* confirmatum fuisset. Nouam idem suscepit FABRI

defensionem, vt hic olim BALDVINI: quem tamen laetor alio in libro, scilicet *de pignor. et hypothec.* singulari, cuius non prius, quam haec in litteras retulisset, copia mihi fuit, nostrum potius, quam illorum, esse. Sed vtriusque rationum momenta, auge, perpendamus. Primum igitur FABER *ex l. ult. Dig. qui potior. in pign.* argumentatus, non opus fuisse dicit, vt nominatim tutorem inter et Seiam, cui reliquorum ex tutela esset condemnatus, de pignore conueniret, si bona huic tacite iam fuissent obligata. Atqui facilis est responsio, tutorem non tam bona, quae tum temporis haberet, sed in futurum quoque omnia plenius, h. e. nouo quodam nexu, (cur non hoc vocabulo vtar, cum et MARTIALIS rem pignori nexam dixerit?) obligasse, quandoquidem prior obligatio bona post condemnationem acquisita afficere non videbatur. Neque insolitum id fuit illa aetate, v. l. *ult. Dig. in quib. caus. pign. tac.*, de posterioribus temporibus vt taceam, quibus praeceptum adeo fuit, vt bona ab initio expresse obligarentur. v. l. *ult. §. 6. C. de curat. furiosi*, l. *ult. C. quando mulier tut. offic.* et Nou. 94. c. 1. Quid? nonne hoc ipso loco debitor in maiorem fidem contractus bona sua fisco, hypothecam in bonis post contractum quaesitis, vt in vulgus notum est, habenti, dicitur obligasse? Iam quid Ill. BAVERVS? Cur Seiam iuriconsultus vel fisco praefendam duxerit, rationem is arcessit inde, quod illius hypotheca prior fuisset; priuilegium enim fisci non ad hypothecam pertinere, sed inter actiones in personam verti. At, pace viri doctissimi dictum velim, hanc rationem nemini facile adprobauerit. Notissimum quippe est,

est, fiscum in bonis post contractum acquisitis hypothecam habere tacitam cum privilegio, id quod vel e *l. 25. Dig. de iure fisci* patet; neque aliter accipi possunt *l. 46. §. 3. Dig. eod. et l. 2. C. in quib. causf. pign.*; immo Seia erat idcirco praeferenda, quod debitor eius condemnatus poterat post pignus conuentum ante, quam cum fisco contraheret, bona quaedam adquisuisse, in quibus certe fisco, (quae ratio fuit PAPINIANI in *l. 28. Dig. de iure fisci*) causfam pignoris, constituti alii, non videtur praeuertisse. Praeterea etsi inter Seiam eiusque tutorem de pignore haud conuenisset, illam utique fisco, habita et privilegii, et hypothecae tacitae ratione, potiorum futuram, ex his, quae supra dicta sunt, satis, reor, constabit. Alterum FABRI argumentum est, inepte a privilegio exigendi, minoribus dato, ad tacitae quoque hypothecae ius concludi. Quasi vero pecuniam in refectionem aedificii credenti non et privilegium *§. 1. l. 24. Dig. de reb. auct. iud.*, et vero hypothecam concesserit M. ANTONINVS *l. 1. Dig. in quib. causf. pign. tac.*; placet enim WESTENBERGIUS in *D. Marco*, edictum a senatusconsulto quodam discrimine dirimens, quamuis haud ignorem, senatusconsulta interdum edictis Imperatorum fuisse confirmata. Verum locum aliquem, quo hoc idem confirmetur, in causa minorum desiderat is, quicum disputamus. Cum de privilegio exigendi constet e *l. 19. §. 1. Dig. de reb. auct. iud.*: nonne satisfactum ei putemus, adducendo de hypotheca tum *l. vn. C. rem alien. gerent.*, tum e Digestis quoque *l. ult. tit. in quib. causf. pign. tac.* Iam vero ostendat ipse velim nobis locum,

ex

ex quo pateat, priuilegium exigendi, introducta, siue potius confirmata, quando originem illius altius repetimus, tacita hypotheca, siue abrogatum, siue, vt loqui maluit, absorptum fuisse. Cur autem idem negat id, quod ratione, qui in refectio- nem aedificii crediderit, nulli dubitationi obnoxium pronamque ad intelligendum est, concessio minoribus priuilegio, eodem ipsorum hypothecam muniri necesse esse? Nam, quod ex *l. 2. Dig. qui potior. in pign.* infert, priuilegium inter chirographa- rios plerumque cessare, sed pignus tantum spectari, nisi singu- lari quadam ratione posterior sit anteposendus priori, id leue est: cum eadem ratio in causa pupilli, cuius et priuilegium, et hypothecam adstruximus, obtinere videatur? Nisi enim tem- pore pupillus creditori cedat illi, de quo singulare aliquid *VLPIANVM l. 5. Dig. qui potior. in pign.* noster vult obseruasse, eidem non meliore iure, quam ipse fiscus, ab *VLPIANO* ibi- dem omissus, debet postponi. Minoris etiam ponderis illud est, quod ita futurum obicit, vt tacita hypotheca cum iure praelationis et ad heredem pupilli vel minoris transeat. Etenim demonstrauius priuilegium, quo praelationem intelligit, fauore duntaxat personae obtinere. Neque priuilegium id, quod in re pecunia sua emta pupillus habet, siquidem diuersum sit ab altero, aut e *pr. l. 7. qui potior. in pign.*, aut e *l. 3. Dig. de reb. eor. qui*, heredi illius profutarum intelligimus. Hoc denique expu- tare plane nequeo, qui idem priuilegium dicat impedire, quo minus hypotheca generalis in bonis tutorum curatorumue tacita ad ius antiquum reuocetur. Nusquam enim dicitur illud iure nouo

nouo esse abrogatum, vt in omnibus Digestorum compendiis videre est. Neque mouet me ratio ab illo prolata, priuilegii eiusmodi singulares res afficientis, posita generali, quam ex iure antiquo nos tuemur, hypotheca, non vsum concipi posse. Quod perinde est, ac si hypotheca bonorum priuilegium excludat, rem aliquam ex iis bonis vindicandi. Speciem aliquam ista prae se ferret ratiocinatio, siquidem priuilegium, quod saepius dico, in rebus tantummodo a tutore comparatis haberet locum: at utile tum quoque est, cum tertius quidam rem pecunia pupilli a tutore, rerum suarum parum prouido, accepta comparauerit. Enimvero cum ridiculum sit, in eiusdem hominis bonis pignus aliquod generale pupillo esse constitutum defendere: singulare scilicet ius illud admittamus necesse est, quippe quo pupillo, quicumque rem pecunia ipsius emerit, dummodo soluendo non sit tutor, vtendum sit.

## §. 4

LOCVS E DIGESTIS IN REM  
ADDVCTVS

Cum rescriptum SEVERI et ANTONINI, superius a nobis declaratum, satis euincat, hypothecam eam, qua de agimus, tacitam temporibus ANTONINORVM iurifconsultorumque adeo, quorum fragmenta extant in Pandecte, vfu fuisse receptam: forte superuacua videri possit haec opera, quam sumsimus, ad

E

locum

locum aliquem ex ipsis Digestis quaerendum illustrandumque. Sed non poenitebit illius incepti, cum locus, quem proferemus, consideratione sit dignissimus, CERVIDI SCAEVOLAE eius, qui non solum sub DIVI FRATRIBVS floruit, sed forte etiam ipsius SEPTIMII SEVERI tempora aetate adtingit. Sunt autem iurisperiti *l. ult. Dig. in quib. caus. pign.* verba haec:

*Tutoris heres cum herede pupilli transactione facta, cum ex ea maiorem partem soluisset, in residuam quantitatem pignus obligavit. Quaesitum est, an in veterem contractum iure res obligata esset? Respondit secundum ea, quae proponerentur, obligatam esse.*

Proponitur hic tutoris heres transactionem cum herede pupilli super reliquatione iniuisse, cumque ex ea maiorem debiti partem soluisset, in residuam quantitatem pignori rem aliquam obligasse; quaesitumque, an transactione non impleta, h. e. reliqua quantitate non persoluta, res illa in veterem contractum teneretur? Iam torquent se interpretes, quem veterem SCAEVOLA contractum significauerit? Sunt, qui intelligant, e quibus nominamus modo BALDWINVM (*comment. de pignor. et hypothec. c. 7.*) et VANDERANVM (*de priuil. credit. c. 5.*) eum, quo tutorum bona pupillis tacite obligata sint, h. e. ipsam tutelae administrationem. Sed eos VOETIVS vel ex eo redarguere visus est, quod obligatio ex tutelae gestione contractus perperam diceretur, quod et BACHOVIVS vrget ad Treutlerum Vol. 2.

Disp.



Disp. 24. Maie. Quid enim, resne est inaudita, planeque noua,  
 administrationem tutelae contractus vocabulo adpellari? Nam et  
 negotiorum gestor videtur quasi contrahere: nihilominus SCAE-  
 VOLA, cuius hoc iuris caput est, negotiorum gestionem dixit  
 contractum l. 16. Dig. de negot. gest.; recte quidem, mea sen-  
 tentia, cum et ipse CICERO negotiorum gestorem *procuratorem*  
 adpellauerit *voluntarium*. Cur ergo non item per obligationem  
 ex tutelae administratione *καταχρηστικῶς* negotium contractum in-  
 telligamus? Quodsi post delatam tutelam bona illam obeuntis  
 aliis obligentur; expediet omnino pupilli heredi, etiamsi exi-  
 gendi non habeat priuilegium, hypothecae tamen iure uti.  
 Quod et alio loco SCAEVOLAE placuit, §. 3. l. 35. Dig. de negot.  
 gest., cum quaestio esset, an debitori locupleti negotia gerenti  
 creditoris id, quod a sese non exegisset, imputaretur. Nam  
 diuersam eius causam ait ab illa tutoris, quippe *in qua interesset*,  
 EX PRIORE OBLIGATIONE *solui, ut deberetur ex tutelae*  
*actione*. Cur autem interest? procul dubio priuilegii vel cau-  
 tionis ratione habita. Itaque in causa proposita idem quaerit,  
 num res ex transactione obligata in veterem causam, h. e. reli-  
 quationis ortae ex tutela, teneatur? Hoc autem vtor verbo,  
 cum ACCVRSIVS retentionem quandam somniet, tanquam ob-  
 chirographariam pecuniam. Sed hunc et alii reprehendentes  
 rursus alia parte, recte iudicante BALDVINO, reprehensionem  
 incurrunt, rem *iure obligatam* sinistre ex transactionis natura  
 interpretati, perinde ac si transigendo rem aliquis suam obliget,  
 E 2 donec

donec illud, de quo convenisset, praestiterit. Nam quod *iure* rem CERVIDIUS ait obligari, de hypotheca id intelligendum est lege quadam constituta, quae et tutoris bona omnia iam ante transactionem initam adfecisset. Quid autem? num per transactionem illam extincta videtur vetus tutelae obligatio, simulque eius accessio hypotheca? annon res in alterius obligationis, scilicet transactionis, fidem supposita, tacite a generali obligatione bonorum liberata videri potest? Redeundum quidem vult VANDERANVS ad pristinam obligationem, transactione non servata, scilicet ea, quam vnus tutor inisset, nec liberari alterum ex eadem causa obligatum. *l. 1. C. de transact.* At ambagibus opus minime erat. Magis placet id, quod addit, durare taciti pignoris obligationem propterea, quod transactio ipso iure non tollat actionem *l. 17. Dig. de pact. l. 28. C. de transact.*, sed exceptione agentem remoueat, nisi stipulatio accesserit AOVILIANA, cuius cum nulla a iuriconsulto facta sit mentio, neque transactionem animo nouandi inductam videri. Certe si nouatio intercessisset, dubium non esset, quin, doli causa excepta, hypotheca sublata intelligeretur. Ceterum quid est, quod addit, mirari se, cur FVLGOSIVS et ALBERICVS rem illam ab herede oppigneratam ex hereditate ad ipsum peruenisse negent, quandoquidem res aliqua heredis ante transactionem nunquam in veterem causam obligata videatur. Quae ratio dubium reddit me, vtrum abscisse hereditariam is requirat, quae in veterem causam maneat obligata, an admittat heredis  
item

item aliquam in eandem causam obligari. At nihil puto referre, vtram heres obligarit: cum transactione non seruata, pignoris causam durare certum sit. Forte autem textui iurifconsulti conuenientius esse diceres, rem intelligi fuisse heredis, cuius cum bona hypotheca veteri haud afficerentur, licet persona iam de reliquatione tota teneretur, num ea res etiam in hanc causam esset obligata, vtique dignum quaestione videretur.

### EPILOGVS.

Memoriae iuuandae causa licebit ea, quae his quatuor §§. a nobis disputata sunt, summam repetere. Initio igitur §. I. rationes quasdam in medium protuli, cur minus probabilis mihi visa sit sententia eorum, qui pupillorum ac minorum priuilegium inter actiones in personam referri existimarent. Sunt autem hae fere: cum in refectionem aedificii credenti eidemque priuilegiario hypotheca data sit, cur non eodem iure gaudeat pupillus, qui et rem pecunia sua emtam vindicare possit, *priuilegiumque in bonis* dicatur habere *tutoris*, ipsi quoque falso suspiciendum ita, vt falsi crimen incurreret tutor rationibus nondum redditis cum illo contrahens. Ac perperam VOETIVM bonorum nomine intellexisse pretium ex eorundem venditione redactum; peius etiam verba illa HERMOGENIANI *l. ult. Dig. de tutelae et ration. distr., si eo nomine cautum non*

fit, de pignore interpretatum esse expresso, cum nihil ea significant aliud, quam satisfactione cessante cautioni in re, h. e. in bonis locum fore.

Hicse praemissis, ad rem aggressus illud monui primum, minus recte pupillum comparari cum ciuitate, pecuniam quae credidisset, vt priuilegium ipsi quoque inter chirographarios tribui posset; deinde cum Athenienses, quorum quidem leges maxime probatae essent Romanis, bona tutoris pupillo voluerint obligari, cur non hi quoque, praesertim cum tantus eorum erga pupillos ferretur fauor, eisdem, si tutor vel in testamento, vel a magistratu maiore datus fuisset, cautione in re illa prospectum voluisse credendi sint? At factum id esse dato illis priuilegio solidum exigendi, quippe cuius ea sit vis, vt, cum tutor soluendo esse desineret, quanto minus pupillus actione in personam exacturus sit, hoc in rem agendo aduersus possessores rerum non modo pecunia sua emtarum, sed etiam e bonis tutoris alienatarum consequatur.

Sequitur §. 2. interpretatio rescripti cuiusdam SEVERI et ANTONINI, vnde pateat iam ante CONSTANTINVM M. pupillos ac minores hypothecam in bonis tutorum curatorum habuisse tacitam cum priuilegio. Verba enim, *cum sua causa*, neque de hypotheca expressa, cum tutor et nihil debere poterit, et, si debuisset, e contextu verborum haud adpareat, an et quando res suas nominatim obligarit, neque etiam de pignore  
iudi-

iudiciali, cum hic non de rebus singulis captis, sed de bonis omnibus oratio sit, verum de tacita in omnem causam propter incertum reliquationis ex administratione, exemplo satisfactionis, in qua scilicet fideiussores uniuerse rem pupilli saluam fore spondeant, in bonis tutoris omnibus constituta accipi debere.

Excipit hoc rescriptum §. 3. eiusdem fere tenoris aliud CONSTANTINI l. 20. C. de administr. tut., item priuatae mulieri ius, usu receptum quod esset, declarantis. In rem adfertur constitutio DIOCLETIANI et MAXIMIANI l. 17. C. eod. Deinde commentum illud GOTHOFREDI conuellitur, quod et fraudi fuit PVFFENDORFIO, hypothecam illam tutoris bona non a tempore delatae tutelae, sed ea deposita demum, ipsoque reliquorum condemnato iudicatoque adfecisse. Neque actionis PAVLLIANAE ostendi ullam hac parte rationem haberi posse. Iam ex iis, qui nostra aetate argumentum pertractarunt, laudantur VESTPHALIUS et BAVERVS, quorum ille, licet quodammodo nobiscum sentiat, materiam tamen notandi dedit nobis, quod et dubitat, quin pupillus rem pecunia sua a quopiam emtam ex priuilegio suo possit vindicare, et l. 3. Dig. de reb. eor. ad rem pertinere negat; hunc vero in alia omnia vntem, FABRVMque defendentem, reuocare laboratur.

Iam etsi haec satis euincant cautionem istam cum priuilegio iure veteri obtinuisse: tamen et locum e Digestis, iurisco-

sulti

fulti quippe, qui temporibus floruerit ANTONINORVM, addendum censui illustrandumque §. 4. Est autem *l. ult. tit. in quib. causs. pign.*, in cuius interpretatione dubitationem eam, quam nobis mouere posset vocabulum contractus, ipsius loco auctoris quodam alio sustuli. Ceterum LEYSERO aliisque priuilegium ex iure nouo negantibus, haec bona velut clausula relicta sit, plenissimo hypothecae iure, quod iubente IVSTINIANO tutoris bona afficiat, et illud contineri.



PRAE.

PRAENOBILISSIMO IVRIVM CANDIDATO

S. P. D

IOH. LVDOVICVS CONRADI

IVR. D. ET P. P. ☉

**Q**uo **T**v consilio ante hoc quadriennium hanc Acade-  
miam adieris, id **T**e, praestantissime **I**keni! paene  
consecutum esse, et parentem optimum, quo **T**e tum  
voto e complexu suo dimiserit, profecutusque peregrinis  
in oris sit, eius eum prope damnatum; et ipse mirabili-  
ter laetor. Is cum aliquem, studiis quem liberum prae-

F

esse

esse cuperet in hac urbe, circumspiceret, mihi TE potissimum commendavit. Nec constitit intra hos quasi terminos patris indulgentissimi cura: sed cum illa GEORGIA AVGVSTA liberalissimis studiis affluere, eruditissimisque hominibus putaretur; eodem TE una cum fratre lauto instructum utrumque viatico accedere voluit, nulli neque operae parcens, neque sumtui, dum vos aliquando reciperet tales, quales maxime vellet suos pater et honestissimus, et eruditissimus. Iure igitur suo nunc exspectat, ut cura illa tanta adpareat. Qua incredibili voluptate potietur fructurque, spero equidem, vir secundis omnibus, siquis alius, dignus, quando vos proxime amplectetur non modo incolumes, sed et multarum rerum scientia locupletatos, et laurea Themidis praemio insignes. Maeste ergo virtute esto, IKE-  
NI! TV vero prodi illum in locum, qui apud nos doctissimo cuique semper maxime patet, animo maximo, atque illam exquisitam TVAM eruditionem dexteritatemque splendidissimae coronae adprobato. Sit TIBI honor  
iste



iste tanquam praerogatiua subinde maiorum, quos refer-  
vat patria, tam illa in Tvi similibus demerendis vigi-  
lans ornandisque splendida atque liberalis. Vale, atque  
absentis mei memoriam habe TIBI commendatam: quod  
quamquam rogandus non es, tamen, quia valde laboro,  
TE non dubitabo etiam rogare.

Scribendam in Acad. Marburg. Calend. Nouembr.  
a C. N. CIO IO CC LXXVIII.

Das Buch ist ein Geschenk der  
Königlichen Bibliothek zu Berlin  
am 10ten Decbr 1811  
Es enthält die Geschichte der  
Königlichen Bibliothek zu Berlin  
von 1696 bis 1811  
von C. W. v. S. 1811

UNIVERSITÄTS- und  
LANDESBIBLIOTHEK  
SACHSEN-ANHALT  
MAGDEBURG

UNIVERSITÄTS- und  
LANDESBIBLIOTHEK  
SACHSEN-ANHALT  
MAGDEBURG



Harburg, 25.5.1773-8

ULB Halle

005 359 880

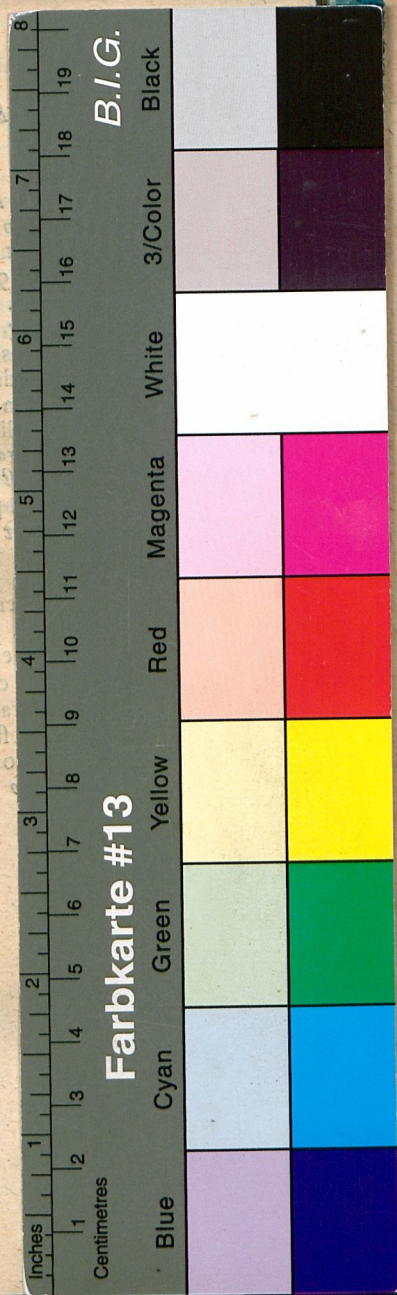
3



v. 1773







DE PVPELLORVM AC MINORVM IN  
BONIS TVTORVM CVRATO-  
RVMVE PIGNORE ATQVE  
PRIVILEGIO

RETRACTATA QVAESTIO

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO  
SERENISSIMO AC POTENTISSIMO PRINCIPE  
ET DOMINO

S. 247  
DNO FRIDERICO II

HASSIAE LANDGRAVIO RELIQA  
ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORD. AVCTORITATE  
VT ADITVM SIBI  
AD SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES  
APERIRET

AD D. XI. NOVEMBR. CIO IO CCLXXVIII  
PROPOSVIT DISPVTANDAM

ARNOLDVS IKEN  
BREMA-SAXO

MARBURGI  
TYPIS IOANNIS BAYRHOFFERI.

