





1662

1. Bardili, Musckhardus: De ratiabilitate
2. <sup>a</sup> Bardili, Musckhardus: De salariis 2 Praest. 1662.  
1680.
3. Frommann, Joh. Ruders: De p[ro]p[ri]a, seu queri[t]udine.
4. Act. Grossius, Tobiasus: De criminibus factis. 8 Junii. 1662  
i. 1744.
5. Grossius, Johannes: De officio iudicis nobile.  
Rec. 1742.
6. Heselbalerus, Magnus: De studii publici ortu et  
progressu.
7. Heselbalerus, Magnus: De doctrinae civilis  
ambitu.
8. Lantersbach, Wolfgang Adams: De auctoritate juris  
civilis et eiusdem libri in genere.
9. Mauritius, Ericus: De principio juris publici, Germanici.  
imprimis. Parc. II.
10. Zapfner, Solomon: De eminentia doctoris.

1663.

1. Baudili, Benedardus: De tutela constituta 16
2. Baudili, Benedardus: De testamentis ordinandis 17
3. Frommann, Iohann Rudolph: De arrogatione impuberis et  
quarta delatione et § 3 F. de adopt. 12.
4. Frommann, Iohann Rudolph: De vitio fortuitatis et rei  
iustitiae constitutione 13.
5. Lanterbach, Wolfgang Adamus: Praeceptio I ad G. II Dig. 14.  
lit. I, II, III et IV.
6. Lanterbach, Wolfgang Adamus: Praeceptio IX ad lib. II Dig. 15.  
lit. 15.
7. Lanterbach, Wolfgang Adamus: Praeceptio XII ad lib. IV Dig. 16.  
lit. I et seqq.
8. Lanterbach, Wolfgang Adamus: De contractibus in iuris  
matis 17.
9. Lanterbach, Wolfgang Adamus: Praeceptio XI ad lib. III. Dig. Tit. 18  
3 et seqq.
10. Lanterbach, Wolfgang Adamus: De cautione rati a conjunctis  
prietari solite. 19.

1683.

11. Lankebach, Wolfgang Adamus: Exercitatio LVIII ad  
lib. II. Orig. lit. 14.
12. Lankebach, Wolfgang Adamus: De locis pignore.
13. Lankebach, Wolfgang Adamus: Exercitatio X ad lib. III  
Orig. lit. I et II.
14. Lankebach, Wolfgang Adamus: Exercitatio II ad lib. I.  
Orig. lit. I. II et III.
15. Lankebach, Wolfgang Adamus: Exercitatio VI ad lib. II. Orig. lit. 5  
et seqq.
16. Lankebach, Wolfgang Adamus: Exercitatio LII ad lib. I. Orig. lit. 4.
17. Lankebach, Wolfgang Adamus: Exercitatio XIII ad lib. IV.  
Orig. lit. 5 et seqq.
18. Lankebach, Wolfgang Adamus: Exercitatio VII ad lib. II. Orig.  
lit. 12 et 13.
19. Lankebach, Wolfgang Adamus: Exercitatio IV ad lib. I  
Orig. lit. 5.

1665.

26. Scheinemannus, David: De subsidiaria alterius  
contra magistratus

is







DISPUTATIO JURIBICA

RATIONATIONE

FRATRO

DN. BURCKHARDO BARDILI,

Magistro Doct. & Censuratum Sancto-

caro in Universitate Lipsiensi

Præf. Juris

Magistro Juris

Hamburgensi in Universitate

Præf. Juris

JOHANN. LEOPOLD. EBERH.

Magistro Juris

TURINGÆ

in Universitate Lipsiensi

Præf. Juris

Magistro Juris



DISSERTATIO JURIDICA  
DE  
SUBSIDIARIA ACTIONE  
CONTRA MAGISTRATUS,

Ober:  
Von dem, in Abgang anderer Behelf, denen Minderjährig-  
gen hauptsächlich gedönnnten Rechts-Mittel, wider die  
nachlässige Obrigkeit;

QUAM  
OCCASIONE

Tit. Digest. & Codic. de Magistratibus conveniendis,

DIVINO FAVENTE NUMINE,  
SUB PRÆSIDIO

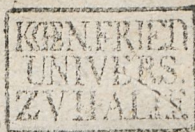
DAVIDIS SCHEINEMANNI,  
U. J. DOCT. PROFESSORIS PUBL.  
ET SUPREMI DICASTERII  
ASSESSORIS,

AD DIEM XX. AUGUSTI MDCLXIII.

IN ILLUSTRIS COLLEGII AUDITORIO  
PUBLICO PLACIDOQUE EXAMINI  
SUBMITTIT

RESPONDENS  
ERPHO à GEMMINGEN,  
EQUES FRANCUS.

TUBINGÆ,  
Recudit JOHANNES JOACHIMUS EISELD,  
ANNO 1743.



INSTITUTUM  
SUBSTITUTARIA ACTIONE  
CONTRA MAGISTRUM

INSTITUTUM  
SUBSTITUTARIA ACTIONE  
CONTRA MAGISTRUM

INSTITUTUM  
SUBSTITUTARIA ACTIONE  
CONTRA MAGISTRUM

DAVID SCHNEIDERMAN  
U. I. DOCT. PROFESSORIS TUBI  
LI SUPPL. M. DR. AUSTRI

INSTITUTUM  
SUBSTITUTARIA ACTIONE  
CONTRA MAGISTRUM

FRHO & GEMINGEN



**P**  
PLA  
gent  
Qui  
faci  
gent  
freq  
me e  
Apo  
serv  
NE  
nac  
giff





# I. N. J.

## THESIS I.

**P**errara est in alienis, sine proprii spe emolumenti, industria hominum & fides. Misera inde illorum conditio, qui, sibi prospicere quod haud valeant, aliorum ope indigent ex auxilio. Paucos sanè reperiet Tutores PLATO, Orphanos non minus quam si genuissent eos diligentes, neque res illorum pejus quam suas gubernantes. Quin multi in id potius intenti sunt, ut minorum res proprias faciant: Sub habitu & titulo pastorum, luporum officio fungentes. DAMHOUD. *Patroc. pupill. tit. 7. num. 15.* Ita ut frequens audiatur querela: *Fortuna divitias invidit, easque ut ferme evenit, aut tutor imminuit, aut inimicus eripuit.* APULEJ. *in Apolog. num. 264.* Peccatum autem cum tanto intentius observandum sit, quanto difficilior præcavetur, teste CICERONE *in Orat. pro Rosc. Amerin.* Proinde divinæ pariter humanæque Leges invigilare pro pupillorum defensione jubent Magistratus, DAMHOUD. *in præfat. dist. tract. eosdemque ad similem*

milem curam publicam astringit Imperii Jus, RECESS. IMPER. de Anno 1548. Tit. 31. §. 1. & ORDINATIO POLIT. de Anno 1577. Tit. 32. §. 1. Quin & in multis Civitatibus certum hunc in finem ex Senatorio ordine in specie reperiuntur constituti, quos vulgò *das Waisen-Gericht*, *Pfleg-Ambt* indigitamus, BESOLD. in tract. de Tutel. cap. 17. numer. 2. in fin. TULDEN. in Cod. h. tit. Cum enim pupilli ipsi consulere sibi satis non possint per ætatem, à quo possunt auxilium suum expectare nisi à Legibus? A quo autem Leges diligentiam exigere, nisi à Magistratu? qui vivæ Legis officio fungi creditur. ANTON. FABER. in *Jurisprud. Papin. tit. 12. princip. 8. illat. 45.* Hic itaque si debita fide & solertia in concedito munere haud sit versatus, præter interminatas tanta severitate à DEO pœnas, desidïa sua læsis subsidiaria quoque tenerur actione. Et cum inter præcipua Libera Nobilitatis fulcra à viris eruditis jam olim relatum legerim, ut Imperatoria concessione talia in Equestri quoque Ordine constituerentur Judicia, & cujusque classis Consilium supremam tutelarum inspectionem susciperet. CHRISTOPH. BESOLD. in tract. de Nobilit. Diss. 2. fol. 128. num. 12. & in *Thesaur. pract. voc. Waisen-Gericht.* idque quantum ego quidem novi, non sine insigni familiarum emolumento ita hodie observetur. Eapropter quid inde in minores utilitatis redundet, quantumque magistratui huic imminet periculum paucis investigaturus, illam ipsam subsidiariam tutelæ actionem Dissertationis argumentum selegi: quod ut feliciter pertexam, divinum imploro auxilium.

## II.

Vocum explanationi, qua sæpe in exactiorem rei ipsius perceptionem provehimur, primæ merito in omni tractatione debentur: Cum tamen quæ hic concurrunt subsidii, tutelæ, actionis vocabula ab aliis abundè exposita passim reperiuntur, nugatorium cum Philosopho existimo, denuò dicere, quæ ante sunt manifesta. Quin removendus hic mihi erit potius

potius in ipso limine, qui injici posset scrupulus: Eam scilicet tractandam esse, & ad Disputationis exercitium eligendam materiam, ejus in foro quoque usus adhucdum obtineat: nec in re, quæ præter levem quandam obsoletæ antiquitatis cognitionem, nihil possit amplius momenti, utilitatis nihil adferre, multum operæ collocandum. videatur MEVIUS in *Præfat. ad Jus Lubec.* Actionem autem hanc nostram plurimorum nec infimi commatis Jctorum sententia ab usu Judiciorum jamdudum recessisse, & desuetudine antiquatam esse, sicut de moribus Galliæ, Hispaniæ, Belgii, ipsius etiam Germaniæ id difertè testantur BIGNION, de *LL. abrogat. Satyr. 2.* GOTO-FRED. ad *Rubr. C. de Magistratibus conveniendis.* PAUL. MONTAN. de *jur. Tutel. cap. 32. reg. 7. num. 64.* ibique adducti RONCHÉGAL. & ARETIN. JOH. GUTIEREZ. de *Tut. P. 1. cap. 15. num. 27.* PAUL. BUSIUS ad *l. 1. ff. de magistr. conven. TULDEN. in Cod. ad eund. tit. num. 3.* PAUL. CHRISTIN. vol. 3. dec. 181. num. 4. ubi scribit: *Se ab annis triginta octo, quibus Senatui Meeblimensi fuit à Consiliis, nunquam vidisse dari prædictam actionem Subsidiariam contra Magistratus, & ex quorundam relato se habere, sic etiam aliàs censuisse supremum Senatam.* SIMON. à GROENEWEG. de *LL. abrogatis. ad §. sciendum 2. Inst. de surisd. Tut.* ARNOLD. VINN. ad *eund. §.* HIERON. TREITLER. vol. 2. *Disp. 9. tb. 7. lit. E.* & denique insignis nostri ævi Jctus, DAV. MEVIUS ad *Jus Lubec. lib. 1. tit. 7. art. 2. num. 56.* *Utile, inquit, foret reducere Jus vetus, ex quo excussis bonis Tutorum, & quos dederant, fidejussorum, Subsidiaria actio erat contra Magistratus minores, qui tutores idoneè cavere non curaverunt. Sed desuetudo aliud irrevexit, ab isto metu Magistratum penè liberans.*

## III.

Verum enim vero quamvis in consuetudine probanda magnam vim habeat Ddorum autoritas, aded ut uni etiam eximio Jcto de illa attestanti secundum quorundam opinionem fides fit adhibenda vid. JOS. MASCARD. de *probation. conclus. 426.* Tanta tamen non est, ut contra ipsam rationem & experientiam,

tiam, quæque illi innititur, contrariam aliorum non pauciorum, nec in rebus forensibus minus versatorum assertionem quicquam valeat. Testantur autem de subsidiariæ actionis adversus Magistratum idoneam cautionem admittentem viridi observantia, non tantum in tutelarum causa, sed aliis quoque negotiis, MATTH. WESEMB. *Consil.* 245. & 266. *per tot.* ANT. HERING. *in tract. de Fidejussor. cap. 8. num. 26.* & ibi adducti. HIPPOL. BOSSIUS, JUL. CLARIUS, MENOCH. JOSEPH. LUDOV. item MATTH. BERLICH. *in Conclus. Pract. vol. 2. conclus. 29. num. 79. & seqq.* JOH. FRANC. BALTHASAR. *in Resol. pract. tit. 5. ref. 11. num. 2.* BENED. CARPZOV. *in Jurispr. For. P. 2. constit. 11. def. 41. ubi in fine hanc sententiam duobus Scabinorum Lipsiensium præjudiciis confirmat, & in Resp. Elector. lib. 5. resp. 82. n. 15. f. 7.* item HAHN. *in not. ad Wesemb. b. t. num. 1.* & ipse MEVIUS desuetudini hac in parte Jus scriptum meritò prævalere debere asserit *dict. loc.* In hoc Würtembergico Ducatu de usu illius sine manifesta ignorantia turpitudine nemo dubitare potest, utpote quam expressa constitutione approbavit SERENISS. LLATOR *in Ordinat. Provinc. tit. Vom Waisen-Gericht und Ober-Pflegschaft 42. §. dergleichen 4.* ibi: *Wollen wir hiermit den jungen Pfleg-Kindern und Minderjährigen vorbehalten, auch hiermit einen Zugang und Macht geben haben, sie desßbalben Subsidiaria um Erstattung, Abtrag und Bekehrung zu beklagen.* Quin & plerique ex dissentientibus, si dolo in satisfactione exigenda Magistratus quid egisse convictus sit, actionem hanc adhuc admittunt: quod fraudem impunitate donare nulla consuetudo vel potius corruptela possit, BUSIUS, CHRISTIN. PEREZ. TULDEN, locis supra alleg. Vid. tamen GROENEWEG. *alleg. loc.* Idem de lata quoque culpa dicendum putat TULDEN. *dict. loc.* quod eam in causis pecuniariis dolus comprehendat: nec Magistratus officium solum in abstinendo à noxa, sed etiam in consulendo Reipubl. & singulis consistat. Scrupulo itaque hoc remoto ad ipsam tractationem progredior.



## IV.

Describi potest actio Subsidiaria, quod sit actio personalis, pupillis aliisque, contra Magistratus, ob delictum circa tutelam admissum in subsidium competens, ad omne damnum inde acceptum resarciendum. Nomen ex re ipsa accepit, & Subsidiaria appellatur, quod remediis reliquis deficientibus veluti succenturietur. MONTAN. *dict.* reg. 7. num. 34. WESEMBEC. *Conf.* 266. num. 53. Unde etiam *praesidium ultimum dicitur, in d. §. Sciendum, atque ultimum pupillorum & minorum refugium.* PEREZ. *in C. b. t. num. 1.* Vocatur alias quoque actio utilis, *in L. 1. & pen. C. b. t.* vid. C. J. A. *ad b. t. th. 1.* & à THEOPHILO, aliisque interpretibus actio in factum. MONTAN. *dict.* reg. 7. num. 35. CASP. MANZ. *in tract. de Tutel. part. 3. tit. 8. num. 4.* quam posteriorem appellationem rejicit quidem WISSENBACH. *in Exercit. ad ff. disp. 53. th. 6.* eam tamen suo modo tolerari posse puto, per ea, quae tradit BACHOV. *de action. Disp. 4. th. 24.* Est quae hæc actio civilis, *l. 2. ff. l. pen. C. b. t. rei persecutoria, l. 1. §. 6. ff. & d. l. pen. C. b. t.* nec nisi improprie pronam continere dicitur *in l. ult. ff. b. t. perpetua dict. l. 2. & pen. junct. pr. Inst. de perpet. & temp. action.*

## V.

Introducta est Subsidiaria actio Senatusconsulto, *dict. l. 2. ff. b. t.* quod Imperatore TRAJANO auctore factum, *d. l. pen. C. eod.* Laudatissimo illo Principe, qui talem se gessit privatis, quales sibi privatus Imperatores optasset: & meruit, ut, si qui laudarentur ceu AUGUSTO feliciores, sic TRAJANO dicerentur probiores, ipseque à Senatu cognominaretur optimus. Hic more tunc temporis Romanis Imperatoribus usitato orationem in Senatu habuit, quam Senatusconsultum illud secutum. ÆGID. HORTENS. *ad §. Sciendum est 2. Instir. de satisfat. Tutor.* GEORG. FRANZK. *in Comm. ad d. §. 2. numer. 7.* Postea actio hæc Prudentum Responsis & Imperatorum Constitutionibus ad alias quoque personas in Senatusconsulto non expref-

expressas extensa est, *d. §. 2. in fin.* Non tamen Romanorum invento tribuendum esse, quod Magistratus præstet periculum tutoris parum idonei, sed eadem de re legem in Libris PLATONIS etiam extare, scribit FRANCISC. BALDUIN. *ad tit. de Satisfat. Tutor. in verb. Sed etiam in eos.*

## VI.

Proxima actionis Causa ab Interpretibus obligatio ut plurimum constituitur. Illa vero ex quo fonte oriatur, in eo non conveniunt. Ex contractu eam descendere statuit JUST. MEJER. *in C. 7. A. h. t. th. 2. num. 10.* Ex quasi contractu JUL. PACIUS, quando hanc actionem non differre specie ab eâ, quæ in tutores datur, scribit in *Isagoga ad ff. h. t. num. 4.* in quam sententiam quoque inclinare videtur DUAREN. *ad h. t. circa fin.* E contra ex quasi delicto illam nasci cum Gloss. existimant CUJAC. OLDENDORP. CASP. MANZ. *in tract. de Tutel. h. t. num. 5. & 6.* & plerique alii. BACHOVIIUS earum Classi hanc adscribit, quæ materiam quidem præexistentem habeat, quarum tamen causæ nomine vacant. *dict. th. 24.* In hac opinionum diversitate tentabo, annon hæc actio dativa potius dicenda, illisque annumeranda sit, quæ habili materia, ex qua existant destituta, ex sola æquitate à Lege dantur. Quam sententiam, qui expressè foveat, ex illis, quos mihi inspicere licuit, reperi neminem: inclinari tamen in eam videtur WISENBACH. *in Exercit. ad ff. disp. 53. th. 6. in fin.* Ipsaque nomini & naturæ hujus actionis videtur maximè conveniens, cum omnes ferè subsidiariæ actiones ex sola æquitate dentur, docente FABRO *in Jurispr. Papin. tit. 12. princ. 8. illat. 45. vers. Ex eo tamen.* Confer. BACHOV. *dict. th. 24. vers. alio sensu.* item ALCIAT. *ad l. 32. ff. de reb. cred. num. 8.* & ad evitandos in quos prædictæ opiniones impingunt scopulos tutissima. Verus siquidem contractus, qui illam produceret, inter pupillum & Magistratum nullus intercessit. Neque magis quasi contractus, ex qua alias actio tutelæ oritur, causâ illius dici potest: cum ex eo tantum teneatur, qui tutelam administravit, vel

vel administrare debuit, quorum neutrum de Magistratu prædicari potest. CAROL. ANNIBAL. FABROT. in *Apologia pro Græcis Basiliæ*. Imo si ex quasi contractu oriretur actio subsidiaria, non fuisset necessarium, ut speciali Prudentum Interpretatione & Principum Constitutionibus adversus heredes Magistratum extenderetur: Siquidem non tantum ex veris, sed etiam quasi contractibus descendentes actiones activè & passivè ipso Jure in heredes transeunt. *l. ex contractibus 49. ff. de O. & A. l. 1. §. 16. ff. de Tutel. & rat. distrab.* Quasi delictum item causa actionis hujus constitui nequit: Præterquam enim quod non ob solam negligentiam, sed dolum etiam malum, qui in verum tamen delictum incidit, detur: ipsa quoque contra heredes in solidum competit, quod de actionibus ex veris & quasi delictis descendentibus, licet rei tantum persecutionem contineant, secundum veriolem sententiam dici nequit, ut hoc latè Juris textibus & rationibus probat BACHOV. *de action. disp. 5. th. 4.* item JACOB. GOTOFRED. *ad l. 38. de R. J.* Præterea si ex quasi delicto esset, non contra Patrem peculionem institui posset *l. 1. §. 7. ff. de bis, qui dejec. l. effud. §. Si filiusfamilias 2. Inst. de oblig. quæ ex quasi delict. nasc.* ARNOLD. VINN. *in Comm. ad Inst. dict. §. 2. num. 1.* quod tamen de hac actione expressè asseritur *in l. 1. §. 17. ff. h. t.* Dissidentium rationes in ipso conflictu data occasione examinabimus.

## VII.

Causa propter quam hæc actio à Lege datur, est delictum Magistratus circa tutelam vel curam dolosum aut culpofum. Ut itaque huic actioni locus sit, dolus vel culpa ipsius Magistratus adesse debet, & quidem sufficit etiam levis, *l. non similiter 4. h. t.* JOH. FRANCISC. BALTHASAR. *dict. resol. 11. num. 1.* Si neutrius argui possit, ipsa quoque actio deficit. Equius enim est in damno tunc morari pupillum, si alia ratione indemnis servari non possit, quam indemnitate ei tribui injuria & damno alterius, qui nullius culpæ sit reus, arg. SCHEINEM. *de Act. Subsid.*

B

*l. sed*

*l. sed cum ab herede. 12. ff. ad Scr. Trebell.* ne alioquin iniquum inciperet fieri beneficium, quod ex sola æquitate introductum est. ANTON. FABER. *dict. vers. Ex eo tamen.* Committitur autem delictum hoc, *habito etiam respectu ad mores hodiernos, vel in tutelæ constitutione, vel inspectione.* In constitutione committitur vel circa Tutoris dationem, vel Satisfactionis exactiorem.

## VIII.

Quo ad illam peccat Magistratus, & huic actioni obnoxium se reddit. I. Si Tutorem planè non dederit. *Magistratus enim, inquit ULPIANUS, imputatur etiamsi omnino tutor vel curator datus non sit in l. 1. §. 6. h. t.* Subjicit tamen statim in sequentibus limitationem: *Sed ita denuum tenentur, si moniti non dederint.* Quibus verbis ad Jus antiquum respexisse videtur Jctus, quo Magistratus municipales ante Præsidium mentionem nec volentes dare poterant tutores. §. *Sed hoc jure. 4. Inst. de Attilian. Tutor.* quod & ex ultimis *d. §. 6.* verbis conijcere licet ibi: *qui munere mandato non paruerunt.* Quæ necessitas expectandi Jussionem Superiorum, Imperatoris JUSTINIANI constitutione postea aliqua ex parte est remissa. *seq. §. 5. dict. tit.* Hodie verò, postquam potestas tutores dandi ex generali consuetudine facta est Jurisdictionis ordinariæ, & iis quoque competit, qui inferiorem, seu. ut Dd. loquuntur, bassam Jurisdictionem habent, *die Erb-Gerichte, GE. FRANZK. lib. 1. resol. 16. num. 4.* in totum est sublata. Occasione tamen hujus textus quaeritur: An Magistratus qui Tutores dare potest, etiam non imploratus dare teneatur? Quod prima facie negandum videtur, cum officium suum non soleat impertire, nisi imploratus *l. dies autem. 4. §. 8. ff. de nov. oper. nunciat.* verùm rectius affirmatur, cum dicta regula tantum procedat, quando agitur de solo Jure partis, secus si publicum quoque subsit interesse. VUILTEJ. *de Judic. lib. 2. cap. 4. num. 490. & seqq.* Ad publicam autem curam pertinere quoque dicitur, ut pupillis subveniatur *in l. 2. §. 2. ff. qui per. Tut.* Eapropter magistratus qui

qui Tutorem non dat, etiam non imploratus, suo periculo cessat, & *dammum quod impuberes vel adolescentes medio tempore passi sunt, ad ipsum pertinere dicitur. in d. l. i. §. 6.* Quod & tunc procedit, si Magistratus tutorem dare data opera distulerit in Successores suos, i. e. usque dum in munere ipsi succedatur; Illud enim nihil ei profuturum respondet ULPIAN. *in d. l. i. §. 7.* & merito, cum negligentia hæc non solum latam culpam, sed dolum quoque admixtum habere videatur. ANTON. FABER *diſt. loc.* Pariter ab hoc periculo ipsum non liberat, quod fore in illa civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, nulli idonei videantur; tunc enim quamvis extra territorium ipse alium constituere non valet, arg. *l. fin. ff. de Jurisdic. ad officium* tamen ejus pertinet exquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque, & nomina Præsidiibus Provinciæ mittere, ut traditur *in d. l. i. §. 10.*

## IX.

II. Si Tutorem quidem dederit, **sed minus idoneum.** Idoneus homo in Jure nostro interdum integræ existimationis & minimè probrosus significat, ut in *l. probrum. 42. in f. de V. S. l. ult. ff. de tab. exhib.* Sic idoneos promissores plerumque non tam patrimonio, quam fide æstimari, scribit POM-PON. *in l. Si quis stipulatus. 12. §. 1. in fin. ff. de V. O.* Ut plurimum tamen illo vocabulo locuples, & qui solvendo est, denotatur. Ita idoneus dicitur heres *in l. planè. 14. ff. de minor. debitor, in l. patri pro filio. 27. §. pen. eod. l. si manda verò. 42. mandat. fidejussor, l. auferitur. 46. in fin. §. l. 47. ff. de jur. Fisc.* & ita tutor quoque idoneus dicitur *in l. quotiens. 9. §. 1. l. 14. ff. de administr. §. peric. Tutor.* Hinc mater idoneos tutores petiisse dicitur, si locupletes, & facultatibus, licet non moribus idoneos petierit *in l. sive ingenua. 2. §. 37. ff. ad Scrum Tertyll.* In qua significatione & hoc loco tutores dici idoneos ex *l. i. b. t.* apparet. An autem ex hoc solo, quod inidoneum Tutorem dederit, teneatur Magistratus, propterea dubitari possit, quod cum neglecta Tutoris inidonei datione, omisso exactio-

nis idoneæ satisfactionis passim per particulam copulativam conjuncta in LL. reperitur, ut in l. 2. §. 5. ff. ad municip. l. si tamen. 3. C. b. t. Illa autem quæ copulativè requiruntur, singula adesse debeant, nec sufficiat unum tantum intervenire, §. pen. Inst. de hered. instit. l. si heredi. 5. ff. de condit. institut. Unde ANT. FABER illam quæstionem facti, utrum ab initio idonei tutores fuerint dati, nunquam incidere scribit, *dist. loc. vers. plerunque igitur*. Verum frustra in tot Juris textibus idonei tutoris datio injungeretur Magistratus, si omisso ejus nullum produceret effectum. Imò quod Magistratus inde teneatur, expressis verbis traditur in d. l. 1. §. 5. Illud quidem verum est, quod idonei tutoris datio sola non sufficiat: sed inde malè inferitur inidonei dationem etiam non nocere. Si enim satisfactio idonea fuerit quidem exacta, fidejussores vero facultatibus postea sint lapsi, quin tunc contra Magistratum, si idoneum tutorem non dederit, venire possit pupillus, dubium non est, imò illud non obscure probatur per d. l. 1. §. 11. ubi tunc demum ipsi nihil imputari posse traditur, si ab initio idoneum tutorem dederit, & satis exegerit, posteaque facultatibus lapsi sint tutores & curatores. Secus itaque à contrario sensu, si solvendo esse desierint fidejussores, idoneo tutore non dato; Eo enim casu paria habentur, nullum vel minus idoneum datum esse. Si vero fidejussores accepti idonei etiam permanserint, ita ut pupillo ab ipsis satisfieri possit, ob solam inidonei tutoris dationem Magistratum, utpote qui in subsidium tantum tenetur, conveniri non posse, ipse non largior, & ita præallegatas LL. explicandas puto. Moribus nostris, quod Magistratus, qui tutorem admittit, quem bona nulla vel obarata valdè habere scivit, adhuc conveniri possint, docent CARPZOV. in Resp. Elector. lib. 5. resp. 82. num. 14. & 15. HAHN. in not. ad Wesemb. b. t. num. 1.

## X.

Dicta regula ampliatur, I. licet Magistratus inidoneum tutorem Prætoris vel Præsidis jussu dederit: cum enim & hoc casu

casu ejus facto damnum pupillo immediatè irrogetur, meritò periculum quoque ad ipsum pertinet, *d. l. 1. §. 5. in fin.* à quo mandatum Superioris ipsum liberare non valet, utpote quod hoc in casu non est absolutum, sed tacitam conditionem continet, si persona quoque quæ ut daretur, remissa est, habilis fuerit: qualis si non reperitur, magistratus est Præsidem ea de re informare, & alium substituere. II. Licet ipse Præsides inidoneum tutorem dederit, sed ex suggestu Magistratus, vel nomine ab eo accepto, *d. l. 1. §. 5.* Nam & hoc casu culpæ omnis in Magistratum redundat, qui de conditione & facultatibus ipsius nominati rectius Præsidem instruere debuisset: quod dum neglexit, & ita occasionem damni dedit, ipsum damnum dedisse censetur. *l. ait Prætor. 4. §. 4. ff. de vi honor. rapt. l. 11. §. fin. ff. locat. conduct.* Si vero nomina ab alio accepta, ad Magistratum remiserit Præsides, ut de illis instrueretur: tunc demum tenetur Magistratus, si dolo vel culpa lata in nominum inquisitione versatus sit, *d. l. 1. §. 3.* Non enim hoc in casu tantum imputari potest magistratui, quam si & ipse nomina dedisset: & proinde nec æquum esset ipsum indistinctè teneri. Imo si inquisitionem in specie non desideraverit Præsides, sed Magistratum tantum denunciare de tutorum facultatibus voluerit: tunc demum ipsum teneri vult Jctus, si gratia vel pecunia corruptus falsa renunciet, & ita Præsidem decipiat. *d. l. 1. §. 2.*

## XI.

Circa satisfactionis exactionem duplici itidem Magistratus peccat modo. I. Si nullam omninò exegerit, *d. §. 2.* quo casu fidejussorum loco illum haberi respondet ULPIANUS in *l. quod ad heredem. 6. ff. b. r.* Satisfactio illam in Jure nostro denotat cautionem, quæ fit datis fidejussoribus. Ita inquit CAJUS, *satisfactio dicitur adversario nostro cui pro eo, quod à nobis petiit, ita cavemus, ut eum securum faciamus datis fidejussoribus, in l. 1. ff. qui satisf. cog.* Præcipuis quando refertur ad cautiones Prætorias, quæ personas desiderant, & pignora non admittunt.

*l. 7. ff. de stipul. Prætor.* propterea, quod ut plurimum super eo quod interest, & certam non habet æstimationem interponantur, ita ut sciri non possit, quanta pignora sint deponenda. VINN. *ad pr. Inst. de satisd. Tut. vel Curat.* Talis Prætoria regulariter etiam est cautio rem pupillo salvam fore, §. *ult. Inst. de divis. stipulat.* eamque inter Prætorias expressè numerat ULPIAN. *in l. 1. §. 2. ff. de stip. Prætor.* HERING. *de fidejussor. c. 5. num. 217. & seqq.* Unde & fidejussorum in h. t. passim mentionem fieri videmus.

## XII.

Et hæc regula quod satisdationis exactionem negligendo magistratus delinquat, & hac actione teneatur, multis modis ampliatur. 1) Licet ab initio idoneum tutorem dederit. *Si magistratus, inquit ULPIANUS, ab initio tutorem idoneum dedit, & satis non exegit, non sufficit, in d. l. 1. §. 11.* Quamvis enim tutor solvendo sit eo tempore, quo datur: fieri tamen potest, ut ante tutelam finitam facultatibus labatur. Ideoque si extra culpam velit esse Magistratus, de futuro hoc casu omnino cogitare, in eumque secundum modum à Legibus præscriptum sufficienti debet pupillo prospicere cautione. 2) Licet ipse Magistratus tutorem non dederit, sed Præses, magistratum tamen satisdationem exigere jusserit. *d. l. 1. §. 2. & 5.* 3) Si in testamento inutiliter datum Prætor confirmare jusserit: tunc enim & satisdationis exactionem injunxisse simul censetur: quod si neglexerit, voluntatem ejus, qui tutorem dare non potuit, magistratum non exculare: respondet PAPINIANUS *in l. 5. de confirm. Tutor.* 4) Licet nemo reperiatur, qui pupilli nomine rem ipsi salvam fore stipuletur. Tunc enim servum publicum, vel Magistratum ipsum stipulari debere traditur *in d. l. 1. §. 15.* Quo casu utilis actio ex stipulatione illa pupillo datur *d. l. 1. §. 16.* quod in ipsius favorem introductum contra Juris rationem. vid. §. 4. & 18. *Instit. de inutil. stipul. l. 38. §. 1. ff. de V. O.*

## XIII.



## XIII.

Magistratus autem ob non exactam satisfactionem illis de-  
 mum in casibus tenetur, quibus & Lex eam exigere vult, ut regu-  
 lariter si tutores sint legitimi. *l. legitimos. §. 1. ff. de legit.  
 Tut.* in quibus gradum propinquitatis saltem respicit, non  
 etiam mores & qualitates personæ examinat: vel ab extraneo  
 in testamento sint dati, qui non æque bene prospicere intelli-  
 guntur pupillis, quam si ipse Pater naturalis dederit, & propterea  
 inquisitione opus est. *l. tutores. §. ff. de confirm. tut.* Vel ipse  
 quidem Magistratus tutorem constituerit, sed sine inquisitio-  
 ne, *pr. Inst. de satisdat. Tut.* Secus itaque erit, si vel Pater  
 ipse testamento tutorem dederit, quo casu necessaria satisfactio  
 non est, *d. pr. Inst. de satisdat. tut.* Parentes enim nemini tute-  
 lam liberorum suorum committere solent, nisi ei, cujus bene-  
 volentia, fides ac diligentia eis satis cognita perfectaque sit,  
*l. 36. ff. de excusat. Tut.* unde paternum testimonium pro satis-  
 datione sufficere dicitur in *l. 27. C. de Episc. & Cler. l. 7. §. 5. C.  
 de Curat. furios.* idque etiam si à Patre rectè dati non sint, nam  
 & tunc omninò i. e. absque satisfactionis præstatione confir-  
 mandi sunt, *l. 1. §. 2. ff. de confirm. Tut.* quæ tamen procedunt,  
 nisi facultatum illius tutoris facta sit deminutio, vel morum  
 ante celata vel ignorata emerferit probitas, aut inimicitia postea  
 cum Patre exarserint, *l. in confirmando. §. ff. de confirm. Tu-  
 tor. l. pater. 4. ff. de Testam. Tut.* sic nec satisfactio opus est,  
 si à Magistratu ex Inquisitione confirmati sint, *d. pr. & l. 2. de  
 confirm. Tut.* inquisitionis enim vinculum pro satisfactioe ce-  
 dit. *l. si impuberi. 13. in fin. ff. de Tut. vel Curat. dat.*

## XIV.

Hoc quæstionis est, si Judex per ignorantiam tutorem de-  
 derit, non injuncta satisfaciendi necessitate, quam tamen injun-  
 gere debuisset, an nulla nova causa superveniente eam ex in-  
 tervallo imperare possit? ANTON. FABER in *C. Sab. lib. 5. tit.  
 41. def. 1.* hoc negat 1) quod Judex semel officio functus sine  
 bene sive male, Judex esse desinat & nihil possit amplius, *l. Ju-  
 dex.*

*de x. 55. ff. de re judic.* 2) Quod non sit permittendum Magistratui ut tutorem oneret ob id solum, ut seipsum exoneret, posteaquam semel fidejussoris loco esse cœpit. 3) Qui semel obligatus est, eum non posse obligationem tollere facto suo, nisi modo a Legibus probato. 4) Ad pupillum ipsum, ejusvè agnatos, pertinere, ut tutore non idoneo existente, fidejussorem petant, non ad Magistratum: & secundum hanc sententiam in suprema Brabantia Curia sæpius judicatum esse, refert PAUL. CHRISTIN. *dict. Decis.* 182. *num.* 1. Verum an eadem Juri sit conveniens, & dictis rationibus solidè firmetur, de eo dubito vel maximè. Certè *d. l. 55.* ad hoc probandum frustra adduci inde apparet, quod illa loquatur de sententia judiciali, qua semel lata meritò quiescit Judicis officium, ejusque ut rei judicatae sua conservetur autoritas, & victori inde Jus quæsitum non auferatur, nulla amplius concedenda correctio: Aliiter vero sese res habet cum officio Magistratus circa pupilli securitatem, quod etiam post tutelæ constitutionem ita finitum nondum est, quin eam adhuc promovere possit, imò teneatur, *l. 3. §. 4. de suspect. Tut.* Nec tutori, quod ab initio statim cautio non sit exacta, Jus immunitatis inde quæsitum dici potest: Imò ipsum etiam deinceps ad eam præstationem teneri & compelli posse, textus, qui hoc probat, est expressus *in l. 1. C. de Tut. & Curat. qui satis non ded.* Et generalem Dd. tradunt regulam: *Quod in omnibus casibus, in quibus quis tenetur fidejussores dare ex Legis vel statuti dispositione, toties regulariter dandi sint, quoties Legis vel Statuti dispositioni nondum est satisfactum.* URSILLUS *ad Decis. Math. de Afflictis* 172. *num.* 1. HORAT. CARPAN. *ad Statut. Mediolan. part. 1. cap. 44. num.* 33. Ad 2. Resp. Magistratui satisfactionis exactionem principaliter non idèo permitti, ut se obligationi exoneret, sed ut pupillo eò melius prospiciatur: utpote cujus interest idoneam habere cautionem. Ad 3. Resp. Quod Magistratus verè obligatus nondum sit, adeoque nec obligatio tollatur. Et quamvis fidejussoris loco esse dicatur, fidejussor tamen verus non est, sed Lex propter dolum vel latam culpam ipsum pro fidejussore habet, & eo

& eo respectu actionem contra heredem dat. vid. ÆGID. HORTENS. *ad dict.* §. 2. Ad 4. Resp. Quod illa ratio principium petat: imò quod ad Magistratus officium vel maximè pertineat, ut etiam non monitus pupillo prospiciat, supra demonstratum est per *l. 2. §. 2. ff. Qui pet. Tut. & d. l. 3. & 4.*

## XV.

II. Si Satisfactionem quidem exegerit, sed minus idoneam *dict.* §. 2. *Quoties enim vitiosè cautum vel satisfdatum est, non videtur cautum,* inquit PAULUS *in l. 6. ff. qui satisfd. cog. & paria habentur,* an quid planè non fiat, vel non fiat debito modo. AUGUSTIN. BARBOS. *in Thesaur. Loc. comm. lib. 14. cap. 3. axiom. 19.* Idonea satisfdatio ex facultatibus fidejussorum collatis cum pupilli patrimonio, & conveniendi facilitate æstimatur. *l. 2. ff. qui satisfd. cog.* Sufficit autem modo satisfdatio ab initio idonea fuerit, & fidejussores tempore receptionis locupletes extiterint: quamvis postea facultatibus labantur, magistratui id non imputatur, utpote qui casus fortuitos & fortunam pupillo præstare non tenetur. *d. l. i. §. 11.* & alias quoque eventum non spectamus, sed sufficit, utiliter esse coeptum, *l. sed an. 10. §. 1. in fin. ff. de negor. gest.* ne, secus si esset, pupillo cum magistratus injuria consuleretur, ipsique officium etiam culpa carenti damnosum foret, contra *l. videlicet. 29. ff. ex quib. caus. major. l. sed si quis. 7. ff. testam. quemadmod. aper.* Atque hoc tanquam rationi & æquitati consonum, ita semper & non aliter practicum esse refert. CHRISTIN. *d. Decis. 182.*

## XVI.

Cùm autem facti sit eo tempore idoneos fuisse fidejussores vel minus idoneos, eapropter probatione opus est. Cui vero onus id incumbat, quæritur? Pupillo prima facie injungendum videtur propterea, quod ille actor sit, & in idoneos esse affirmet: Actoris autem sit, intentionis suæ fundamentum non tantum allegare, sed etiam probare, *l. 2. l. 21. ff. de probat.*  
SCHEINEM. *de Subsid. Act.* C deinde

deinde pro tutore quoque pugnat praesumptio, quod quilibet idoneus praesumatur, per tradita à BARBOSA *d. tract. l. 9. cap. 2. axiom. 2.* Contrarium tamen decidit IULPIANUS, quando respondet: *Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejussores non solvendo fuisse, cum acciperentur, sed Magistratibus, ut doceant eos solvendo fuisse, in d. l. 13.* idem etiam tradit CELSUS *in l. non est. 11. ff. de probat. ubi & rationem addit: quod probatio exigenda sit ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur.* Proinde nec exonerari aliter Magistratus potest, quam si probet, à se factum esse id, quod ex officio facere debuit. Nec obstat, 1. quod pupillus actor sit: is enim eo ipso, quo fidejussores inidoneos reperit, fundatam contra Magistratum habet intentionem, cum ex praesentis statu in praeteritum praesumatur: & qui jam pauper & non solvendo est, talis & olim fuisse videatur, egregie SICHARD. *in l. ex persona. 3. C. de probat. n. 5. & seqq.* Si itaque postea excipiendo dicere velit Magistratus, antea locupletes fuisse illos fidejussores, hanc suam exceptionem, utpote in qua ipse actoris vice fungitur, probare necesse habet, *l. 1. ff. de Except. l. in exceptionibus. 19. pr. ff. de probat.* quod in specie etiam probat *d. l. 3. C. de probat. ibi: si eundem collegam tempore depositi officii solvendo esse ostenderitis.* vid. ANDR. ALCIAT. *de praesumpt. reg. 2. praesumpt. 26. num. 2.* Nec 2. officit, quod idoneus quilibet praesumatur: Illud enim quoad divitiarum qualitatem non procedere, sed eam ab allegante semper probandam esse, docent BARTOL. & Dd. communiter *ad l. non solum. 8. §. 5. ff. de nov. oper. nunc.* SICHARD. *d. l.* & si vel maxime in hac etiam qualitate praesumptio locum haberet: illa tamen per aliam fortorem ex praesenti tempore resultantem, quo minime idonei reperiuntur fidejussores, elideretur, & res relinqueretur in terminis Juris communis, ita ut agenti probatio incumberet. ALCIAT. *alleg. loc.*

## XVII.

Moribus nostris illam fidejussoribus cavendi necessitatem etiam illis in casibus, ubi Jus civile eam requirit, scrupulose non

non attendi, sed ex generali consuetudine in arbitrio obligati esse, personis an pignoribus cavere velit, testatur HERM. VULTEJ. *in tract. de Judic. lib. 2. cap. 5. num. 45.* CHRISTOPH. BESOLD. *in Delib. Jur. tit. qui satisd. cog. num. 9.* Et in specie satisfactionem rem pupillo salvam fore, multorum locorum statutis & moribus sublata esse, & sufficere, ut tutor Jusjurandum præstet initio tutelæ, sive initio confirmationis suæ, & bona tutoris Jure tacitæ hypothecæ obligata sint pupillo, scribit CONR. RITTERSHUS. *ad Novell. part. 8. cap. 5. num. 10.* BACHOV. *in not. ad Freutler. vol. 2. disp. 10. tb. 7. lit. E.* JOH. à SANDE *in Decis. Frisic. lib. 2. tit. 9. def. 9.* BENED. CARPZOV. *in Resp. Electoral. lib. 5. resp. 82. num. 14.* quæ honorum hypotheca in Imperio nostro est expressa & jurata. REFORM. POLITICA *de Anno 1548. tit. Von der Pupillen &c. in fin. ibi: alles bey Verpflichtung seiner Haab und Güther. ut & in hoc Ducatu: ORD. PROVINCI. WÜRTEMB. tit. 34. §. 5. add. STATUTA UNIVERSITATIS TUBINGENS. cap. 17. §. 2. num. 4. pag. 149.* Non tamen propterea hodie omnis satisfactionum usus est sublatus, nec quæ de ejus exactione dicta, in totum obsoleta & à foro alieno existimanda sunt. Hypotheca enim illa tunc demum sufficit, si bona etiam sufficientia tutor habeat. GEORG. FRANZK. *ad dict. pr. Inst. num. 9. in fin.* Si vero non possessio natus vel oberatus, fidelis tamen & diligens sit, ipseque delatæ tutelæ administrationem suscipere velit, non est repellendus, præprimis si sit ex pupilli cognatis, aut ex singulari affectione à Patre datus, nec tamen simpliciter admittendus, sed Magistratus tunc ipsi ex officio injungere debet, ut pro administratione idonee caveat, quemadmodum ita consuluisse supremam Frisicæ Curiam scribit JOH. à SANDE *d. Def. 9. in fin.* Et hac ratione adhuc hodie propter omissam idoneæ cautionis exactionem actioni nostræ locus esse potest; Indeque Magistratum etiam dum alternative obligari, vel idoneos tutores quod non dederit, vel quod idoneam cautionem non exegerit, docent CARPZOV. *dict. Def. 41. num. 8.* JOH. BRUNNEMANN. *ad d. l. 1. C. b. s.*

## XVIII.

Jure quidem Civili Magistratus munere suo abunde functus videtur, si circa tutelæ constitutionem prædictorum nihil omiserit, sed idoneo tutore & sufficiente cautione prosperit pupillo, nec de illis, quæ postea eveniunt, tenetur, *d. l. 1. §. 11.* Jus vero Württembergicum, quo testante BESOLDO, multa rectius & magis caute, quam Jure communi, de Tutoribus & Curatoribus, sanciantur in *Comment. ad dict. Ord. Würtemb. fol. 73. num. 1.* ulterius progreditur, & tutelæ administratæ diligentem quoque in eo desiderat inspectionem, cujus capita egregie & dilucide proponuntur in *dict. tit. 42. Ordin. Provinc.* Contra hanc itaque inspectionem, ut inde actioni nostræ locus esse possit, delinquit Magistratus I. Si ipsam administrationem debitâ diligentia non observaverit, & in pupilli facultates sollicitè non inquisiverit. Quamvis enim ipse administrare non teneatur, attendere tamen debet, quomodo gerentes in administratione versentur, prout hoc in *dict. ORDIN. tit. 42. §. 3.* ipsi injungitur, ibi: *Sollen verbunden und schuldig seyn ernstliche Vorsehung zu thun, auch ihr stessiges Aufmercken zu haben, dasz dieser Unser Ordnung und Satzung nachgelebet, fürnemblich den Wayßen und Minderjehrigen in allwege nützlich und wohl gebauset, und aller Betrug, Gefahr und Schaden hievinnen verbütet, fürkommen und abgewendet werde, &c.* In specie vero injungitur Judicio pupillari: *dem Waisen-Gericht: dasz sie alle Wochen oder nach Gelegenheit des Orts und Viele der Pfleg- und Vormundschafften in vierzeben Tagen, drey oder vier Wochen, zum wenigsten einmal zusammen kommen, alle Pfleger und Vormünder vorbeſcheiden, zu sehen und zu hören, was vor Mangel und Gebrechen vorhanden &c. wie deren liegende und fahrende Haabe verwaltet werde, wie viel und was an paarvem Geld, Wein und Früchten unter der Pfleger Hand sey, dict. tit. 47. §. 2.* Qua inquisitione vel maxime opus est, si pupilli facultates forte in negotiatione quadam consistant. Sæpe enim contingit, ut mortuo Patre mercatore, merces commode dividi nequeant, sed liberi in communione manere & negotiationem continuare: illique

qui forte ex eorum numero atate & peritia ad mercaturam exercendam habilis reperitur, administrationem committere necesse habeant: quo casu Magistratus est sollicitè attendere, an præpositus ille communem negotiationem debita diligentia & fide administret, an in victu & amictu satis frugalis sit, vel nimium lautè agat. Quod si non fecerit, & pupillus inde damnnum patiat, ab ipso illud mediante hac actione repeti poterit.

## XIX.

II. Si cum Cognatis ipsius pupilli de convenienti administrationis modo, & pecunia utiliter collocanda non consultaverit. ORD. PROV. d. §. 2. ibi: *Wann und an welchem Ort das zu Nutz und Mehrung der Waisen und Minderjährigen angelegt, verkauft, oder bewahrt mæge oder solle werden, &c. neben der Veranschaffung der Jungen mit Ernst und Fleiß zu befragen, zu verathschlagen und zu schliessen, &c.* III. Si rationes singulis annis à Tutore non exegerit, & quod ex administratione debet in continenti inferre non compulerit. Jure Civili quidem finita demum tutela universæ administrationis rationes reddunt tutores. §. ult. de Attil. Tut. Verum ORDIN. POLIT. IMP. de Anno 1548. §. 77. etiam non requisiti singulis annis ad particulares rationes reddendas adstringuntur: quod ut præcisè ita fiat Magistratui quoque observandum injungitur in ORD. PROV. d. §. 3. ibi: *Fürnehmlich aber des Einnehmens und Ausgebens der Pfleger Rechnung halb, daß gewislich jedes Jahrs zum wenigsten einmal von dem Amptmann und Waisen-Richtern beschehe, und darbey sonderlich aller Rest, so die Pfleger verbleiben, von Stund an, also paar gewislich erlegt werde.* In STATUTIS renovatis ACADEMIÆ HUIJUS jubetur Rector æstivus ante finem Maji omnes pupillares rationes, cum Cancellario & Decanis examinare, & ulterius nulla ex causâ differre, cap. 3. tit. 4. & singuli tutores rationes pupillares ad Calendas Maji confectas habere, sub poena florenorum duum obstricti sunt, d. STAT. cap. 17. tit. 4. §. 1. IV. Si segniter & fraudulentè gerentem non removeat. Id enim

enim quamvis nemine monente, de Jure quoque communi secundum veriorum sententiam non tantum potest, sed etiam tenetur, l. 3. §. 4. ff. de susp. Tut. Et in dict. tit. 42. §. 5. ibi: *Wo ein oder mehr Pfleger oder Vormünder eigennützig, oder in andermweg zu seinem selbst Vortheil, und der Kinder Nachtheil, untreulich handeln, &c. das er oder dieselbe des Ampts emsetzet, &c.*

## XX.

Actio hæc datur pupillis, d. l. 1. §. 4. cæterisque aliena administratione indigentibus. PAUL. CHRISTIN. d. Dec. 181. CHRISTOPH. BESOLD. ad Ord. Prov. W. d. l. n. 34. in fin. puta minoribus, furiosis, mente captis, prodigis, surdis & mutis, & generatim omnibus, qui in ea causa sunt, ut rebus suis superesse nequeant. DAMHOUD. *dist. tract. cap. 6. num. 24.* Nec prædictis tantum personis, sed earum quoque hæredibus d. l. 1. §. 4. cujus hanc nonnemo assignat rationem, quod actio hæc ex parte actoris sit rei persecutoria: quæ quidem in se vera est, ita tamen ut idem obtineat, licet pœnalis esset. Nam pœnales etiam actiones regulariter ad actoris hæredes transire late contra FABRUM & WESEMB. docet BACHOV. in tr. de action. Disp. 5. th. 5. & in not. ad VVesemb. tit. de in Jus voc. num. 8. Imo quia, ut supra traditum, hæc actio dativa est, causa transitionis ad hæredes, non tam ex qualitate illa rei persecutionis, quam ipsa potius Legis dispositione eandem ad hæredes quoque extendente, petenda videtur: utpote sine qua ejusmodi actiones ad hæredes non pertinent, quemadmodum hoc non obscure innuere videtur JCTUS acutissimus ÆGIDIUS HORTENSIVS ad d. §. 2. quando scribit: *Actiones quoque in factum utiles in jure hereditario hæredibus aut in hæredes competunt.*

## XXI.

Tutori, qui ob contutoris inopiam in solidum satisfecit pupillo denegatur hæc actio in l. proponatur. 2. ff. b. t. cum enim ibi proponeretur duos tutores à Magistratibus municipalibus



palibus datos, cautione nulla exacta, eorumque alterum inopem decessisse, alterum in solidum conventum pupillo satisfecisse, & quæreretur, an tutor ille adversus Magistratum habere posset aliquam actionem; cum sciret a contutore suo satis non esse exactum, respondet ULPIANUS: Cum à tutore pupillo satisfactum sit, neque pupillum ad Magistratus redire posse, neque tutorem; Cum nunquam tutor adversus Magistratus habeat actionem, & Senatusconsultum soli pupillo subveniat: Præterea diversam hac in parte inter pupillum & tutorem militare rationem, siquidem huic imputari possit, quod satis à contutore non exegerit, vel suspectum eum non fecerit, cum sciverit, Magistratibus eum non cavisse *d. l. 2.* Hac autem culpa si tutor vacet, & ipse forte à Magistratu satis exactum esse persuasum sit, vel alias officio in satisfactionis petitione vel suspecti postulatione nullatenus defuerit: Magistratus vero ipsi subvenire & auxiliares præbere manus detrectaverit, non iniquum esse, tutori quoque tunc actionem adversus Magistratum dari, subjicit JULIANUS *in seq. l. 3. h. t.* PETR. GREGOR. THOLOSAN. *in Syntagm. Juris lib. 13. cap. 10. num. 31.*

## XXII.

Singularis hic est ANTON. FABER *dist. princip. 8. illat. 48.* ubi nec hoc casu tutori actionem concedendam docet, propterea quod ULPIANUS *in d. l. 2.* tam generaliter & præcisè respondeat: *Nunquam tutorem adversus Magistratus habere actionem: Et Scrum pupillo tantum subvenire voluisse:* Illamque rationem ultimam, desumptam ex culpa contutitoris *in fine d. l. 2.* ex abundantia adscriptam esse, nec ea cessante posse argumentum sumi ad Jus contrarium inducendum. Neminem enim ideò teneri, præsertim actione subsidiaria & extraordinaria, quod culpa quædam alicui imputari possit, vel non possit. Imo si tutori actio hæc concederetur, illud inde absurdum sequi, quod semper ante contutorem Magistratus conveniendus sit. Quibus rationibus inde motus existimat JULIANUM *in d. l. 3.* vel aliter scripsisse, eamque ita restituit: *Nonne erit iniquum:*  
Vel

Vel non satis à TRIBONIANO perceptam JULIANI sententiam, & ad ULPIANUM *in d. l. 2.* accommodatam: Sed aptandam esse potius *d. l. 3.* ad speciem *seq. l. 5.* eique subjiciendam, cum utraque Lex non tantum eundem habeat authorem JULIANUM, sed ex eodem quoque Libro 21. scil. Digestorum desumpta sit. Verum sicut prior illa FABRI sententia, quæ receptam lectionem, adjiciendo particulam *ut* mutat, nec contextui satis apta & violenta est, potestatemque JCTi excedit, cujus est Leges, ut scriptas invenit, interpretari, non mutare: Ita posterior ejusdem conjectura, utut ingenio non careat, & speciosa videatur; assensu tamen aliorum JCTorum, imo & ipsa æquitate destituitur, quæ utique suadet, ut sine propria culpa, dolo vel negligentia alterius damnum passio succurratur. Quod ipsum hodierna quoque Praxis, optima Legum interpretres, sequitur; nam quod moribus nostris Magistratus fidejussores, cum deberet, plane non recipiens, vel sufficientes & idoneos pronuncians, qui tales non sunt, ad exemplum pupilli læso in subsidium ad interesse teneatur, testantur ANT. HERING. VALENT. FRANC. HIPPOLIT. de MARSIL. JUL. CLAR. BOSSIUS citati à MATTH. BERLICH. *in conclus. pract. part. 2. concl. 29. num. 80.*

## XXIII.

Competit subsidiaria hæc actio de Jure Civili Romano adversus Magistratum, non omnem, sed illum tantum, qui satisfactionem exigere tenebatur, §. *ult. Inst. de satisf. Tutor.* quod in urbe quidem muneris erat & officii Prætoris tutela, quem Div. ANTONINUS in id unum constituit, ut pupillis & adolescentibus diligentius prospiceret, §. *sed ex his. 3. Inst. de Attil. Tut.* cui tamen ipse satisfacere debet decretum de satisfactione interponendo, ejusque executionem Scribæ, ad quem Romæ illa spectabat, qui propterea à pupillo conveniri poterat, mandando, quo facit *l. ult. C. b. t.* vid. CUIJAC. *in Pavatit. C. eod. ÆGID. HORTENS. ad d. §. 2.* In Provinciis vero erant tales Magistratus municipales, *l. in magistratus.*

*rus. §. C. l. 1. in fin. pr. §. 3. & 7. ff. b. t.* Duumviri scilicet *d. l. 1. §. 9. Defensores Civitatum, Juridicus Alexandrinæ civitatis. §. non autem. 5. Inst. de Attil. tut.*

## XXIV.

Quod si plures sint & quæritur quomodo conveniri debeat? tum distinguitur: An omnes tutorem dederint, omiſſa ſatisdationis exactiōe, an non omnes. Si omnes tutorem dederint, iterum diſtinguendum: An ſatisdationem omiſerint dolo, an culpa tantum. Illo caſu dandam pupillo actionem in ſolidum, in quem velit ex Magiſtratibus reſpondet ULPIANUS in *l. 7. ff. b. t.* Cujus hanc reddit rationem FABER *diſt. princ. 8. illat. 49.* quod dolo interveniente, etiam ſi actio ſubſidiaria non eſſet, actio tamen de dolo competeret, quæ contra quemlibet in ſolidum datur. Sed hæc FABRI ratio non eſt perpetua. Actio enim de dolo locum non invenit, niſi dolus verus adſit, *l. & eleganter. 7. §. ult. in fin. ff. l. dolum. 6. C. de dol. mal.* Actio autem hæc ſubſidiaria in ſolidum etiam datur contra unum ob dolum præſumptum vel latam culpam. Quemadmodum enim illa alias, quia prope fraudem & dolum accedit *l. 7. §. 1. ff. de ſuſp. tutor. l. ſi fidejuſſor. 29. princ. ff. mandar. juris interpretatione dolo ut plurimum æquiparatur, & quoad juris effectum appellatione illius comprehenditur. l. 226. ff. de V. S. l. 1. §. 5. ff. de O. & A. l. 1. §. 1. ff. ſi menſ. falſ. mod. dixit. ita etiam in *d. l. 7.* illam vocabulam doli continet. *Gloſſ. in d. l. 7. & l. ſi tut. 3. C. b. t.* MONTAN. *diſt. reg. 7. num. 44.* MEJER. in *C. J. A. b. t. th. 1.* ubi quod pro culpa lata levis legenda ſit, ex ipſo textu apparet JOH. BRUNNEMANN. *ad diſt. l. 3.* Nec tenetur convento contra Collegas actionem hoc caſu cedere pupillus, arg. *l. 38. §. 2. ff. de admin. & peric. tut.* Eſt enim cuique proprius dolus, proprium delictum, ut indignus merito videatur, qui à tutore ſuo quid recipiat, cum non pro altero condemnatus ſit, ſed pro ſe ipſo. Si tamen conventus ſolidum ſolverit, reliqui liberantur. Continet enim*

SCHENEM. *de Act. Subſid.*

D

enim

enim ut dictum, actio hæc rei persecutionem, proinde si pupillus semel consecutus fuerit suum, ut denuo id exigat, bona fides non patitur. *l. 57. ff. de R. J. cap. bona fides. cod. in 6. l. quia dicitur. 32. §. 1. ff. de exict. l. 1. §. 14. ff. de tutel. & rat. distrab.* Hoc casu, quo culpa Magistratus tantum adest, æquius esse respondet Jctus, pro portione in quemcunque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit, hoc est, ut Imper. GORDIANUS illud explicat, omnes solvendo existant *in d. l. 3.* Habet enim conventus tunc divisionis exceptionem, ut tradunt WESEMB. *dict. consil. 266. num. 12.* ANTON. FABER. *dict. princ. 8. illat. 49.* BRUNNEM. *ad d. l. 3.* quæ tamen, cum hoc casu ipso Jure actio non in solidum, sed pro virili tantum parte detur, facti potius, quam Juris si actionis esse videtur. Sufficit autem modo eo tempore, quo actionem movere poterat pupillus, omnes indemnitati præstandæ idonei fuerint, nec officit, licet postea, dum non conveniuntur, quidam ex illis solvendo esse desierint. Vitium enim alienæ cessationis, ad dispendium illorum, qui idonei adhuc sunt, pertinere, Juris ratio non patitur. *l. 1. C. de divid. tut.*

## XXV.

Si vero non omnes dederint, sed inter ipsos convenerit, ut unus periculo tutor daretur, conventionem illam non quidem præjudicare pupillo, quo minus & reliqui actioni huic obnoxii maneant, rescripsit Div. HADRIANUS: *Cum duumvirorum conventionem Jus publicum mutari non possit.* Collegis tamen si & ipsi conveniantur, competit beneficium Ordinis, ut ejus prius, qui hoc suscepit, facultates excutiantur. Quod etiam obtinet, si nulla prævia conventionem unus inidoneum tutorem dedisset, vel non satis exegisset. *d. l. 1. §. 9.* Sicut idem disponitur de pluribus tutoribus, qui tutelæ administrationem uni commiserunt, vel ex quibus unus, reliquis cessantibus, proprio motu administravit, *l. pen. & ult. C. de divid. tut. l. cum interdictæ. 6. C. arbitr. tut. de pluribus Reipubl. Administra-*

ministratoribus, *in l. curatores. 3. pr. ff. de administr. rer. ad Civit. pertin.* Ratio enim ipsa suadet, ut ex eo quod perperam factum est, ille ante omnia conveniatur, qui fecit *d. l. ult. C. de divid. tut.* Quod si qui periculum suscepit tutorem plane non dederit, dicendum videretur, omnes aequaliter conveniendos esse & excussionis beneficium tunc cessare, arg. *l. 39. §. 11. ff. de admin. & peric. tutor.* utpote cui non tam conventio, quam unius factum locum tribuit. *d. l. 39. §. 11. d. l. 1. §. 9. in fin.*

## XXVI.

Nec contra ipsos tantum Magistratus, verum & heredes eorum datur subsidiaria actio: non quidem ex ipsis SCri verbis, sed Prudentum potius interpretatione, & constitutionibus Principum, Divi scilicet PII Rescripto *dict. §. 2. in f. Inst. l. quod ad heredes. 6. ff. h. t.* Quamvis enim in delictis heredes, qui locupletiores facti non sunt, non teneantur ex dolo vel culpa defuncti, cum quo lis non fuit contestata, indeque nec heres Judicis, qui inique judicando litem suam fecit, conveniri queat, secundum *l. 16. ff. de Judic.* quamvis etiam dativæ actiones, qualis & subsidiaria est, sua natura Jure hereditario heredibus vel contra heredes non competant: Hæc tamen quasi directa accipitur; *Hinc eadem, inquit MODESTINUS, in Magistratus actio datur, que competit in Tutores in l. ult. in fin. ff. h. t.* Et ita conceditur, ac si ex contractu esset; proinde æquum esse, respondit ULPIANUS, *fidejussoris loco haberi Magistratum, ut heres quoque ejus teneatur. in d. l. 6.* Fidejussor enim non tantum ipse obligatur, sed heredem etiam relinquit obligatum *§. 2. Inst. de fidejuss.* Itaque quemadmodum si Magistratus fidejussor, aut actio directa esset, heredes etiam tenerentur; ita & tenentur, quamvis revera fidejussor, vel actio directa non fuerit. *vid. HORTENS. ad d. §. 2.*

## XXVII.

Actionis tutelæ directæ naturam in eo quoque imitatur subsidiaria, quod, sicut in illa ex spc. iali constitutione Divi

ANTONINI, contra regulam, qua obligationum & actionum conditio in persona heredum non mutari dicitur in *l. 2. §. 2. ff. de V. O.* melioris conditionis heres est, quam ipse Tutor. *l. 1. C. de hered. tut.* Ita in hac ipsa mitius quoque agatur cum herede Magistratus, quam cum magistratu ipso. Hinc *non similiter*, inquit ULPIANUS, *tenentur heredes Magistratum, ut ipsi tenentur. Nam nec hæres Tutoris negligentie nomine tenetur. Nam Magistratus quidem in omne periculum succedit. Hæres autem ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est, in l. 4. ff. b. t.* Hæres enim non aliter tenetur, quam si tanta Magistratus negligentia, tamque lata ipsius culpa intervenerit, ut videatur ultro fidejussoribus pro tutoribus vel curatoribus, à quibus idoneos fidejussores exigere debuit, nec exegit ullos, aut tales accepit, qui evidenter & notorie erant inidonei: vel hodie nunquam in administrationem inquisiverit, nunquam rationes exegerit, quamvis publica voce tutor male grassari in bonis pupilli audiatur. Proinde ex Rescripto Divi PII *non nisi causa cognita in hæredem Magistratus dandam actionem*, refert ULPIANUS in *d. l. 6.* & ALEXANDER Imper. negat hanc actionem solere dari in hæredes Magistratus, *cujus non lata culpa idoneè cautum pupillo non est, in l. 3. C. b. t.* Quod hodie adhuc ita observari testantur ANDR. SCHEFFER. *part. 3. quæst. pract. 6. num. 4.* PAUL. CHRISTIN. *dict. Decis. 181.* ANTON. FABER *dict. illat. 45. vers. ex eo tamen.* Ob levem itaque Magistratus culpam hæres non tenetur, nisi cum ipso Magistratu lis fuerit contestata: tunc enim actio transit cum ordinariis suis qualitatibus. *arg. l. 1. in fin. C. de hered. tut.*

## XXVIII.

Contra ipsum ordinem Magistratum municipalium actio hæc non competit, sed tantum contra illos ex eo ordine, qui tutorem dare, vel satisfactionem exigere debuerunt, *d. l. 1. pr. Non enim, qui à Magistratibus municipalibus tutor datus est, per ordinem electus videtur. d. l. 1. in fin. pr.* Proindeque iniquum esset

esset illorum factio totum ordinem, qui nec tutorem dedit, nec dare debuit, prægravari: cum factum alterius alteri, qui nihil fecit, nocere haud debeat. *l. de pupillo. §. §. ff. de nov. oper. nunc. l. non debet. 74. de R. 7.* vid. JO. GEORG. BESOLD. apud CHRISTOPH. in *Consil. Tubing. part. 3. Conf. 113. n. 14. Et seqq.* Unde Iustus infert in *verbis sequent. dict. princ.* Quod nec contra fidejussores decurionum competat, propterea, quod illi Rempublicam salvam fore promittant, non pupilli; neque contra nominatores ipsorum. Si tamen ultro periculum susceperit ordo, tunc idem id esse respondet ULPIANUS, ac si nominaverit vel fidejusserit, & propterea utilem actionem concedit non tamen in ipsum ordinem, Corpus vel Collegium, quatenus scilicet illud fictam seu mysticam personam representat, *l. mortuo res. 22. ff. de fidejussor.* Sed illa tantum ex ordine membra, quæ susceperunt periculum. Quamvis enim alias quod major pars Curiae fecit, pro eo habeatur, ac si omnes egissent, *l. 19. ff. ad municip.* & duæ partes ordinis præsentis totius curiae instar exhibeant. *l. nominationum. 46. C. de Decurion. l. nulli. 3. ff. quod cujusque univers. nom.* Id tamen in iis demum procedit negotiis, quæ ipsum ordinem qua talem concernunt, quale, *ut ante dictum,* non est tutoris datio: Illa itaque quia singulos tangit, à singulis quoque qui inde obstringi debent, approbetur oportet, secundum regulam in *l. ult. in fin. C. de auctor. præst.* Et inde non ipsum ordinem, nec omnes ex ordine, sed tantum præsentis teneri traditur in *d. l. 1. pr.* Imo nec omnes præsentis, sed eos tantum, qui in periculi susceptionem consenserunt. Si enim ex præsentibus quidam contradixerint, illos non obligari, docent BALD. ALBER. de ROSATE & Dd. communiter *ad d. pr.* Et quamvis hodie ipsi Magistratus collegio incumbat pupillis tutores dare, si tamen in eo quid neglectum sit, non ipsum collegium, quod mutatis etiam personis idem manet, nec in Collegio Successores: sed ii tantum, eorumque hæredes, qui tunc temporis, quo propici pupillo debuit in ordine fuerunt, indetenentur. SCHEFFER. *dict. quest. 6. in fin. adde BESOLD. d. Consil. 113. num. 6. Et seqq.*

§ seqq. Ex eo itaque quod singuli tantum ex ordine teneantur, recte inferitur: Si pupillus forte ex publicis pensationibus quid debeat, illud Magistratum cum illo, de quo ipse hac actione convenitur, compensare non posse. Aliud enim est debitum universitatis, aliud singulorum. *l. sicut. 7. §. 1. ff. quod cuiusq. univ. nom.*

## XXIX.

Majores Magistratus, ut Prætor, Præfectus urbi, Præsides Provinciarum, alique quibus tutores dandi Jus erat, de Jure Romano actione hac subsidiaria non tenebantur, *d. l. 1. §. 1.* quia ipsi ex inquisitione, nulla exacta satisfactione tutores dare solebant, vel delegare satisfactionem Magistratibus municipalibus: quod ab illorum dignitate alienum, & publicorum negotiorum cura, quæ ipsis incumberebat, id non permittere videretur. Ex eo autem, quando *ULPIANUS in d. §. 1.* tradit, Prætores aliosve, qui tutores dant, hac actione non teneri, male *HIERON. TREUTLER.* infert, eam hodie contra Magistratus non competere, quod iidem, qui Tutores dant, satisfactionem quoque exigant; contrarium enim potius inde colligitur. Nam si, ut ipse asserit, ad omnes hodie Magistratus satisfactionis exigendæ spectat necessitas, actio etiam subsidiaria contra illos dabitur, sicut ita recte concludit *ANTON. PICHARD. in Comment. ad Inst. dict. §. 2. num. 4. in fin.* Neque ipse *JCTUS in d. l. 1. §. 1.* dicit: quod nemo ex iis hac teneatur actione, qui Jus tutores dandi habet; Sic enim fieret, ut nec municipales Magistratus illi obnoxii essent, quandoquidem & ipsis omnibus Jus tutores dandi à Lege datum est. *l. Jus dandi. 3. ff. de tut. §. cur. dat. §. 4. & 5. Inst. de Attil. Tut.* Sed alios majores tantum Magistratus, qui illo Jure destituuntur excludere voluit. In hoc Ducatu actio hæc competit contra Judices Tutelares, Præfectos, & reliquos Judicii oppidani Assessores, Würtemb. Lands-Ordn. *dict. tit. 42.* ibi: *dergleichen auch, wo durch des verordneten Waisen-Gerichts, oder ihr, der Amptleut, auch andere Gerichts-Fabrlesigkeit etc.*

XXX.



## XXX.

Coronidis loco ratione Subjecti passivi notandum est, quod si Magistratus fuerit filiusfamilias, & hacin parte peccaverit, in Patrem quoque actio subsidiaria detur, *d. l. 1. §. ult.* non tamen in solidum, sed pro quantitate peculii, idque non habita differentia, an filius decurio factus fuerit voluntate Patris nec ne. Licet enim consenserit Pater, ut filius decurio crearetur: solam tamen Rempubicam non etiam rem pupillo salvam fore promisit, proinde ad injuriam ipsius vergeret, si in solidum conveniretur. *d. l. 1. §. ult. l. 3. §. ult. ff. de pecul.* Cui non adversatur, quod Imp. in *l. 1. C. quod cum eo, qui in alien. potest.* rescribunt Patrem in solidum teneri: Siquidem ibi Pater ad utrumque consensum accommodavit, non tantum ut filius decurio, sed tutor quoque fieret; quare merito etiam in solidum convenitur, cum utrumque sit munus Civile. *d. l. 1. in f. l. si filiusfamilias. 7. ff. de tutel.* PETR. BARBOS. in *l. si cum dotem. 22. §. 12. num. 8. & seqq. ff. solut. matrim.*

## XXXI.

Competit hæc actio ad omne damnum, quod pupilli cæterique aliena administratione indigentes, in re familiari, ob Magistratus culpam ratione tutelæ neglectæ admittam, medio tempore passi sunt, refarciendum. *d. l. 1. §. 6. FRANCISCO. DULAREN. ad dict. tit. quest. 2. in fin.* Ad hanc itaque actionem fundandam ratione objecti requiritur: 1) Ut damnum prædictæ personæ acceperint. Quamvis enim Magistratus in tutela constituenda officio suo recte functus non sit, adeoque hac in parte deliquerit, si tamen nullam exinde jacturam senserit pupillus, actio hæc intentari nequit, utpote quæ, ut supra traditum, est mererei persecutoria. 2) Ut damnum illud datum sit in re familiari seu patrimonio. Primarium quidem Tutoris officium in defendenda pupilli persona, h. e. honesta & convenienti ipsius educatione consistere dicitur in *l. 30. ff. de admin. & peric. Tut.* eoque ut is debita diligentia fungatur Magistratu

gistratui sollicitate observandum incumbit ORD. PROVINC. WÜRT. tit. 42. §. 2. ibi: *Auch wie es fürnehmlich mit der Zucht, Aufferziehung und Versehung aller Waisen und Minderjährigen gehalten.* Si hac in parte tamen peccatum fuerit, id subsidiaria actione non vindicatur. *tot. hoc tit. ff. §. C. dict. tit. Ord. Prov. Würtemb. §. 4. ibi: Einiger Nachtbeil oder Schad ihrer Haab und Güter wiederfahren.* 3) **Magistratus culpa:** Damni enim quod casu, vel tutoris malicia, quæ nec prævideri nec præcaveri potuit, accepit pupillus, refugio, à Magistratu non sine iniquitate peteretur. 4) **Et quidem ratione tutelæ neglectæ admittam:** alio enim modo si Magistratus per injuriam nocuerit, alia etiam suppeditantur à Legibus remedia. 5) Denique hic tantum spectatur damnum medio tempore, h. e. illo, quo predictæ personæ in tutela vel cura fuerunt, datum.

## XXXII.

Non autem sortem tantum persequitur subsidiaria, sed si Magistratus in mora solvendi fuerit, usuras quoque *l. ult. ff. h. t.* non obstante regula: quod poenarum usuræ peti nequeant. *l. i. C. de fiscal. usur.* Quod enim hac actione petitur, quamvis ratione Magistratus, ad quem nihil pervenit, poena videri posset. *vid. l. i. §. 4. ff. de eo per quem fact.* revera tamen poena non est, sed id, quod pupilli patrimonio abest, ad cuius conservationem, non vero Magistratus coërcitionem, unice tendit: quod & Jctus innuere voluit, quando *in d. l. ult. in fin.* inquit: *Eadem in Magistratu actio datur, quæ competit in tutores.* Ad usurarum autem usuras, omni jure prohibitas, Magistratus non tenetur, sicut secundum veriolem sententiam nec ipse tutor, quam contra communem Dd. opinionem defendunt CAROL. MOLIN. *in tractat. de usur. quest. 77. num. 600. seqq.* MATTH. WESEMBEC. *vol. 2. Cons. 72. num. 10. §. seqq.* & novissime GEORG. FRANZK. *lib. 2. Resol. 10. num. 30. §. seqq.*

## XXXIII.

Ab aliis actionibus hæc nostra differt in eo, quod ipsa ex prædictis causis contra Magistratum detur in subsidium. Qua

Qua ratione distinguitur 1) ab actione subsidiaria, quæ contra Magistratum, qui aliis in causis fideiussores inidoneos recepit, vel pignora insufficientia non inspectis Libris pronunciavit, quæ tamen aliis ipsius consensu jam ante erant obligata, de qua BERLICH. *loc. supra alleg.* 2) A directa tutelæ & protutelæ actione, quæ contra tutores & protutores competunt. 3) Ab actione ex stipulatu directa & utili, quæ pupillo contra fideiussores & nominatores tutorum, item contra illos fideiussores, quos propriæ securitatis gratiæ à tutoribus acceperunt Magistratus, datur. Extra enim rem pupilli salvam fore satisfactionem, possunt Magistratus à tutoribus & curatoribus stipulari, se quoad tutelæ constitutionem indemnes futuros, & si quid præstitissent, repetituros, inque eam rem fideiussores accipere. Contra quos ut sibi actio ex stipulatu directa cedatur à Magistratu desiderare potest pupillus; quin etiam absque cessione etiam utilis ex stipulatu ipsi competit. *l. 1. C. b. t.* Quamvis enim ipse nec stipulatus sit, nec fideiussores ad illius utilitatem quicquam promiserint, pupilli tamen favor efficit, ut, quod ipsius occasione in stipulationem deductum est, perinde pupillo prodesse debeat, ac si ipse esset stipulatus, æque ut *in casu l. 2. §. 4. in pr. ff. rem pup. salv. for.* ANTON. FABER. *dict. princip. 8. illat. 52.*

## XXXIV.

In subsidium autem ideo competere dicitur, quod eum demum in casum, & sub hac conditione detur: si tutores, (sub quibus & curatores comprehensos volumus) eorumque fideiussores in exactione obligationi explendæ impares inveniantur, ita ut pupillo ratione damni perpassi in solidum satisfieri non possit. *l. 1. ibi: adversus magistratus actio utilis ita demum competit, si universis bonis excussis, revocatisque, quæ in fraudem alienasse constiterit, indemnitati tuæ in solidum satisfieri non potuit. C. b. t. l. 3. ibi: nec alias indemnitas pupilli servari potest. dict. tit. idem quoque traditur in seq. l. 4. §. 5. eod. tit.* Hac itaque ratione, ut subsidiariæ locus esse possit, duo necessariò procedere

SCHEINEM. *de Subsid. Act.*

E

dere

dere debent. **I. Tutorum eorumque qui pro ipsis tenentur excussio.** Quoad hoc requisitum notandum venit Subiectum & Prædicatum. Illud constituunt Tutores, ad quos primo omnium venire debet pupillus, & quidem illos, qui administrarunt, vel Protutores *WESENBEC. dict. consil. 266. num. 66.* eorumque heredes. Post illos quærendi sunt fidejussores & nominatores, eorumque heredes: Et si adhucdum quid deficit, collegas seu contutores ordo tangit, *d. l. a. l. duo tutores. §. l. magistratus. 8. ff. b. t.* **OLDENDORP. dict. art. 37. n. 7.** modo omnes in solidum obligentur, & unus ex facto alterius conveniri possit *d. l. 4.* ibi: *ad quorum periculum consortium administrationis spectat.* Honorarii enim ante Magistratus conveniri nequeunt. *l. 1. §. 15. ff. de tut. & rat. distrab. l. Lucius Titius. 46. §. 6. ff. de admin. & peric. Tutor.* vid. **LAUTERBACH in dissert. de Honorario Tut. th. 30. num. 7. & seqq.** etiam contutores suspectos non postulaverint. *d. l. 64. §. 6.* ubi **JCTUS** dicit, *tum demum quærendum de officio contutoris, an suspectum facere debuerit, quando à Magistratu solidum consequi non potest:* atque ita vult culpam, quam in eo, quod contutorem non fecit suspectum, commisit, non prius considerandam esse, quam Magistratus excussus fuerit. **HARTM. PISTOR. Lib. 1. quest. 6.** In hoc Ducatu inter ipsos etiam Magistratus ordo quidam videtur esse observandus, ita ut primo loco conveniantur Judices tutelares, utpote quibus specialis & arctior cura injungitur. Prædicatum est excussio, cujus ratione requiritur, ut prædictas personas convenerit pupillus, in bona illarum, an sufficientia sint, autoritate Judicis inquisiverit, ea, quæ in fraudem ipsius alienata sunt, Pauliana actione revocaverit, *d. l. 1. C. b. r.* & quod sibi debetur, exegerit: Sola namque conventio & condemnatio non sufficit, sed sententiæ etiam realis executio accedat oportet, arg. *d. l. 1. §. 9. b. t. l. decem stipularius. 116. ff. de V. O.* Et quidem hæc omnia statim sunt expedienda, quam primum tutelæ agi potest. Si enim moram commiserit pupillus, & prædictæ personæ interea solvendo esse desierint, ipse id damnum erit. *d. l. 1. §. 11.*

## XXXV.

II. Ut pupillus in ipsa Executione non potuerit totum, quod sibi debetur, consequi, simulque constet, quantum ipse servare non potuerit. Hoc itaque ut appareat, ante omnia pupillo damnum probare incumbit, adeoque docere, quid ante in bonis habuerit, quanta hereditas ipsi delata sit: non tantum, quia ipse actor est, l. 2. ff. l. 23. C. de probat. Sed quia intentionem in divitiis & paupertate fundat, quæ omnino probandæ. JASON. & Dd. communiter in l. si vero. §. 1. ff. qui satisd. cog. ALCIAT. dict. presunt. 26. n. 2. WESEMB. dict. Conf. 266. num. 54. Deinde ostendendum quoque est pupillo, quid ex prædictarum personarum excussione consecutus sit, nec ipse ad subsidiariam ante admittendus, quam Judici fidem de his omnibus fecerit, ejusque super hac causâ pronuntiatio secuta sit. Hinc excussiois punctum per Processum citatis & auditis partibus, ac adhibita causæ cognitione expediendum esse: maxime autem hoc casu, quo agitur de Magistratibus ratione tutelæ neglectæ conveniendis, opus esse excussione judiciali & sententia Judicis declaratoria, ne injuria afficiatur is, qui tantum de indemnitate tenetur, & certum appareat, quantum sit in residuo, in quo indemnitas præstanda, scribit WESEMBEC. dict. Conf. 266. num. 71. vid. ROMAN. Consil. 211. per tot.

## XXXVI.

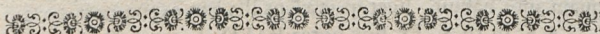
Ex hæcenus dictis sua sponte nunc sequitur, 1) quod prædictis personis nondum excussis, adeoque conditione illa adhuc pendente adversus Magistratum ipso jure nulla competat actio, arg. d. l. 116. ff. de V. O. l. ult. ff. de Reb. Cred. qui textus de fidejussore indemnitis quidem agunt, ad Magistratum tamen recte applicantur, utpote qui cum indemnitis fidejussore hac in parte plane convenit, uti tradit WESEMBEC. dict. conf. 266. num. 66. qui seqq. num. 68. & 69. exinde infert, pupillum ante de facto agentem nulliter & sine actione agere: proinde nec excussiois seu ordinis vel ulla alia exceptione

ceptione Magistratus opus habebit, sed nuda tantum allegatione: *Tibi non competit actio*: ipsum repellere poterit. 2) Ipsam excussionem non posse per æquipollens, ut Dd. communiter volunt, adimpleri; nec perinde esse, an prædictæ personæ actualiter excussæ sint: an Juris intellectu pro talibus habeantur, e. g. si ipsas non solvendo esse notorium sit; si bonis cesserint, vel bona confiscata sint. vid. Dn. D. LAUTERBACH. *in disp. de indemn. fidejuss. thes.* 41. 3) Hanc actionem institui non posse, nisi tutela fuerit finita, cum tutores de Jure civili actione tutelæ ante non conveniri, adeoque nec excuti possint. OLDENDORP. *dict. art.* 37. *num.* 7. CASPAR. MANZ. *dict. loc. num.* 52. Hac autem excussione tum demum opus est, quando tutores etiam habet pupillus. Si enim Magistratus tutores dare plane omiserit, nec Protutor ullus sponte administrationem susceperit, nulli etiam poterunt excuti, sed tunc recta contra ipsum pupillus veniet.

## XXXVII.

Introducta est actio subsidiaria eo fine, ut magis cautum esset pupillo, eique damnum quod subiit, refarciretur. DUAREN. *dict. quest.* 2. *in fin.* Effectus est ipsa condemnatio, quæ tamen ob adversarii potentiam plerumque non sine magnis molestiis & sumptibus obtinetur, ita ut BUGNION, *loco supra alleg.* usum hujus actionis plane neget propterea, *quod difficultas repetendi suum à Judice nimis gravis & magna foret*, & ZOES. *in Comment. ad ff. h. t. in additam. in fine* ad hanc actionem applicet, quod GAIL. *lib.* 2. *observ.* 57. *num.* 6. de alio casu scribit: *Ab hac actione libera nos Domine.* Ita sæpe fit, ut quod Lex ad commodum & utilitatem læsorum salubriter introduxit; adversarii malitia eludat & inane reddat. Coronidis loco notandum, quod quamvis sententiam contra Magistratum obtinuerit pupillus, ejusque bona excutere velit, & alii etiam adsint creditores, ipsi privilegium, quod alias in bonis tutoris habet *l. dabimusque.* 19. §. 1. *l. si negotium.* 23. *ff. de Reb. autb. Jud.*

*Jud. possid. l. qui nominibus. 44. §. 1. ff. de admin. & peric. Tut. non competat, sed cum Chirographariis concurrat. Privilegium enim, inquit ULPIANUS, in bonis Magistratum pupillus non habet, sed cum cæteris creditoribus partem habiturus est. d. l. 1. §. 14.* Contraria, ut & affinia, ex illis, quæ jam dicta sunt, facile possunt intelligi.



## INDEX LEGUM

Lib. XXVII. D. Tit. VIII.

## De Magistratibus Conveniendis.

## Lex I.

Pr. explicatur in Th. 28. Ex quo colligitur I. quod aliud sit Collegium, alii singuli de Collegio, & propterea, quod de illis, quæ quibusdam de Collegio expedienda incumbunt, ipsum Collegium non teneatur. II. Imo licet omnes de Collegio tale quid peragendum sponte susceperint, ipsum tamen Collegium exinde non obligetur. III. Si universitas delinquat, quod præsentibus tantum & consentientes, non vero contradicentes rei fiant. Unde BALDIUS *b. l.* infert: accusatorem singulorum delinquentium nomina in libello debere exprimere.

§. 1. in th. 29. §. 2. in th. 10. ex quo nonnulli inferunt, quod periculum non semper ad eum pertineat, qui informationem dedit, nisi dolo versari comperiat.

§. 3. & 5. in d. th. 10. ex quo patet I. majorem in eo desiderari circumspectionem & diligentiam, qui certam personam ad officium aliquod promovendam recommendat, quam qui in eam, quam superior proprio motu vel ad recommendationem alterius eligere vult, solum inquirat. II. Quod quoad obligandum delinquentem paria sint fieri aliquid proprio

prio motu, vel ad denunciationem alterius: Unde Dd. inferunt, Judicem inquirentem ad denunciationem Syndici, si perperam judicet, ita litem suam facere, ac si proprio motu inquisivisset. III. Illum, ad cujus suggestionem aliquid fit, teneri damnum passio.

§. 4. in th. 20. ubi nota: quod per anaphoram seu relationem de persona vel re prædicetur conditio seu qualitas quam ante habuit, licet in præsens illa jam expiraverit.

§. 6. in th. 8. Ex hoc notat BALD. I. quod illud, quod officio Magistratus incumbit, tacitam habeat conditionem, si fuerit denunciatum, vel postulatum. II. Quod in Magistratu etiam præsumatur ignorantia, nisi probetur scientia: huncque textum ad excusandum officialem probe observandum monet, utpote quo in Jure melior non reperitur.

§. 7. in d. th. 8. ex quo probatur Magistratum actum, quem expedire debuerat, differentem peccare: Quem textum contra officiales, qui non expedierunt causas, sed maximam partem Successori reservant, notandum Dd. movent. vid. STATUT. UNIVERS. TUBING. c. 10. §. in civilibus.

§. 8. th. 23. ex quo observandum, quod æstimatores constituti, si male æstimaverint, inde teneantur.

§. 9. th. 25. ex qua apparet, pactum duorum tertio non præjudicare.

§. 10. th. 8. ex quo probatur I. in tutoris constitutione præmissis respiciendum ad locum originis pupillorum. II. Extra territorium neminem Jurisdictionem exercere posse.

§. 11. in th. 15. ex quo apparet, quod is, qui officio suo recte functus est, eventum præstare non teneatur.

§. 12. in th. 34. ex quo notandum, quod alterius mora & cessatio, alteri non debeat præjudicare. L. 1. C. de droid. tut.

§. 13. in th. 16. ex quo observandum, I. quod is, qui ex officio quid facere tenetur, diligentiam probare debeat. II. Quod ex præsentem in præteritum præsumatur.

§. 14.



§. 14. in th. 37. §. 15. & 16. in th. 12. ubi exemplum notandum, quo ex stipulatione alterius alteri utilis actio etiam sine cessione acquiritur.

§. 17. in th. 30.

*Lex II. & III.*

In th. 21. ex qua colligitur, Jura non succurrere illis, qui damnum propria negligentia patiuntur.

*Lex IV. & VI.*

In th. 26. & 27. ex quibus apparet, I. ex persona heredis qualitatem actionis interdum mutari. II. Excusationem, quæ competiit defuncto, multo magis heredi concedendam.

*Lex V. & VIII.*

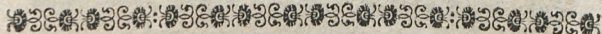
In th. 34. ex quibus infertur I. divisionem administrationis, ab ipsis Tutoribus factam non impedire, quo minus in solidum obligentur singuli. II. Pro illo, qui non reperitur in rerum natura, collegam æque teneri, ac si existeret, & non esset solvendo.

*Lex VII.*

In th. 24. ex qua apparet, quod ob dolum communem admiffum unus in solidum conveniatur.

*Lex IX.*

In th. 32.



INDEX LEGUM

*Libri V. Cod. Tit. LXXV.*

De Magistratibus conveniendis.

*Lex I.*

In th. 33.

*Lex II.*

*Lex II.*

In th. 27.

*Lex III.*

In th. 24.

*Lex IV. & V.*

In th. 34.

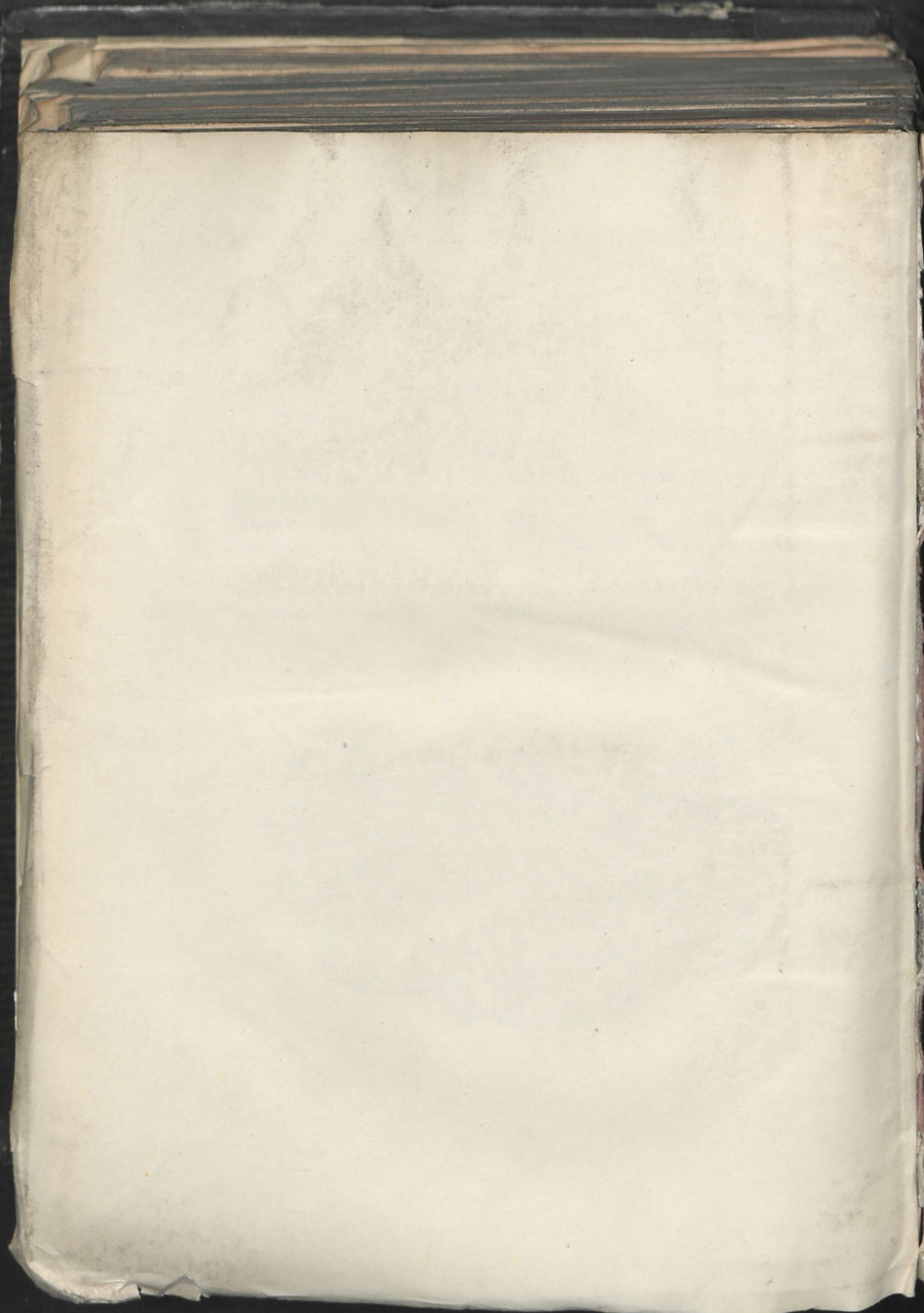
*Lex VI.*

In th. 23. ex qua colligitur, I. Notarium, qui minorem æstimationem in instrumento scripsit parti læsæ teneri ad interesse, BARBOS. & BRUNNEM. *ad d. l. fin.* II. Tutorem rem præcedente Judicis æstimatione viliori pretio vendentem excusari. FRANCISC. MANTIC. *de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 6. num. 10.* nisi manifestum sit, æstimationem illam iniquam esse. MANTIC. *dist. loc.*

FINIS.





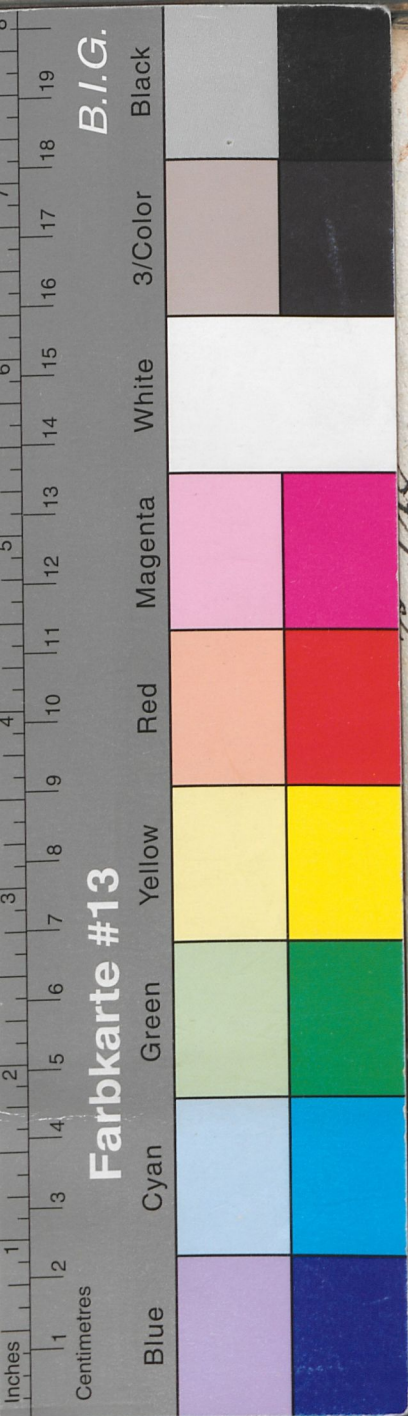


Thbingen, Diss., 1662-63  
X 2284315

VD17







DISSERTATIO JURIDICA  
DE  
SUBSIDIARIA ACTIONE  
CONTRA MAGISTRATUS,

Ober:  
Von dem, in Abgang anderer Behelff, denen Minderjährig-  
gen hauptsächlich gedönnnten Rechts-Mittel, wider die  
nachlässige Obrigkeit;

QUAM  
OCCASIONE  
*Tit. Digest. & Codic. de Magistratibus conveniendis,*

DIVINO FAVENTE NUMINE,  
SUB PRÆSIDIO  
DAVIDIS SCHEINEMANNI,  
U. J. DOCT. PROFESSORIS PUBL.  
ET SUPREMI DICASTERII  
ASSESSORIS,

AD DIEM XX. AUGUSTI MDCLXIII.  
IN ILLUSTRIS COLLEGII AUDITORIO  
PUBLICO PLACIDOQUE EXAMINI  
SUBMITTIT

RESPONDENS  
ERPHO à GEMMINGEN,  
EQUES FRANCUS.

TUBINGÆ,  
Recudit JOHANNES JOACHIMUS EISELDE,  
ANNO 1743.

