

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
Hellfeld
ein C o m m e n t a r

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathes und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen,
Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Neun und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1 8 2 7.

DIG: 415781

S c h l u ß

des Libri XXVI. Tit. II.

De testamentaria tutela.

§. 1508. a.

Besondere Auslegungsregeln bey der testamentarischen
Vormundschaft.

Noch finden einige besondere Auslegungsregeln über die testamentarische Vormundschaftsbestellung statt ¹¹⁾. Es sind folgende.

1) Unter der Benennung der Kinder (*liberi*) sind auch die Enkel, Urenkel, und alle übrigen Descendenten begriffen. Callistratus sagt *L. 220. D. de Verb. Signif. LIBERORUM* appellatione *nepotes et pronepotes, ceterique, qui ex his descendunt, continentur: hos enim omnes suorum* appellatione *lex duodecim tabularum* comprehendit. Callistratus handelte zwar *libro secundo Quaestionum* von dem Verbote der Ehe mit dem Vormunde oder dessen Sohne, und seiner Pupillin, wie auß *L. 64. D. de ritu nuptiar.* erhellet ¹²⁾. Allein daß

11) MONTANUS de iure tutelar. Cap. 12.

12) S. GOEBDARUS in Commentar. repetitae praelect. in Tit. Pand. de Verbor. Signif. ad L. 220. pag. 1165.

die Erklärung der Benennung von Kindern auch auf testamentarische Vormundschaften anzuwenden sey, hat theils wegen der nahen Verbindung, in welcher Erbschaft und Tutel stehen, und der hier vorauszusetzenden Eigenschaft der Kinder, als *sui heredes* vom Vater, keinen Zweifel, theils bestätigt dieses auch eine Stelle der Institutionen, §. 5. I. *Qui testam. tutores dari poss.* wo Justinian sagt: *Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? dicendum est, ut ipsis quoque dati videantur, si modo LIBEROS dixit.* Eben dieses sagt mit denselben Worten Ulpian, aus dessen *libro XXXIX. ad Sabinum* ¹³⁾ die Stelle der Institutionen genommen ist.

2) Unter der Benennung von Söhnen sind zwar auch Töchter, aber in der Regel nicht die Enkel begriffen. Das Erstere lehrt Ulpian *libro eodem*, oder *L. 16. D. h. t. Si quis ita dederit, filiis meis tutorem do, in ea conditione est, ut tam filiis, quam filiabus dedisse videatur: FILIORUM enim appellatione et FILIAE continentur* ¹⁴⁾. Das Letztere ebenfalls Ulpian *L. 6. D. h. t. Ceterum si FILIOS, non continebuntur (sc. nepotes): aliter enim FILII, aliter*

13) *L. 6. D. h. t.*

14) *L. 195. pr. D. de Verb. Signif.* Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Es war dieses zwar unter den ältern Röm. Rechtsgelehrten streitig, wie aus *L. 116. D. de Verb. Signif.* erhellet. Labeo war anderer Meinung; allein die Meinung des Proculus, der mehr *mentem testantis*, als *verborum figuram* berücksichtigte, erhielt den Vorzug. S. *Jos. AVERANIUS Interpretation. iuris Tom. II. Lib. IV. cap. 3. pag. 15. (edit. Lugd. 1751. 4.)*

NEPOTES appellantur. Eben dieses wiederholt Justinian wörtlich §. 5. I. *Qui testamento tutor dari poss.* Doch kann zuweilen die Willensmeinung des Vaters ein Anders erheischen. FILII enim appellatione saepe et nepotes accipi, multifariam placere, sagt Calistratus L. 220. §. 1. *D. de Verb. Signif.* und fügt hinzu: Praeter haec omnia natura nos quoque docet, parentes pios¹⁵⁾, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, FILIORUM appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineri¹⁶⁾: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros, quam filii, appellare: etenim idcirco filios filiasve concepimus, atque edimus, ut ex prole eorum, earumve, diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus. Es bleibt also bey der Bestimmung Ulpian's, vorausgesetzt, daß der Testirer wirklich unmündige Söhne, und von Söhnen, die schon vor ihm gestorben, oder emancipirt waren, Enkel in seiner väterlichen Gewalt hinterlassen habe. Denn hat der Testirer seinen Söhnen Tutoren bestellt, und keine unmündigen Söhne, sondern bloß Enkel von zuvor verstorbenen oder emancipirten Söhnen in seiner Gewalt hinterlassen; so ist anzunehmen, daß der Vormund für diese Enkel ernannt worden sey, und es findet daher der Ausspruch Ulpian's in diesem Falle keine Anwendung. Sind hingegen unmündige Söhne da, für die

15) *Parentes pios*, geht auf das vorhergehende nos, wie POTHIER Pandect. Justinear. Tom. III. Tit. de Verbor. Signif. Nr. 98. Not. i. pag. 659. diese Stelle erklärt.

16) Die Gebauerische Ausgabe liest hier, von der Laurellischen abweichend, ganz unrichtig *continere*. S. Andr. Guil. CUMMER de verborum Significat. (Kiliae 1811. 8.) p. 111.

der Testirer ausdrücklich nur den Vormund bestellt hat; so muß man annehmen, daß er in Ansehung der Enkel die gesetzliche Tutel habe wollen eintreten lassen ¹⁷⁾. Die Ausnahme, nisi voluntas testatoris aliter se habeat, welche nach Callistratus zu machen ist ¹⁸⁾, dürfte jedoch wohl aus dem von diesem Rechtsgelehrten selbst angeführten letztern Grunde in den meisten Fällen für die Enkel sprechen. Daher sagt auch Julian *libro LXXXI. Digestorum* ¹⁹⁾. *iusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione FILII, sicuti filiamfamilias contineri saepe respondimus, ita et nepos videatur comprehendi.*

3) Unter den Töchtern aber, für welche der Testator Vormünder bestellt hat, können die Söhne nie begriffen werden, wie Pomponius *libro octavo ad Quintum Mucium* ²⁰⁾ sagt:

Si ita scriptum esset: FILIIS MEIS HOSCE TUTORES DO: responsum est, etiam filibus tutores datos esse: quod non est ex contrario accipiendum, ut filiarum nomine etiam masculi continean-

17) *S. Pet. FABER Semestrium Lib. III. cap. 24. und Reinh. BACHOVIVS ad Treutlerum Vol. II. Disp. VIII. Th. 2. lit. C.*

18) *S. Hug. DONELLVS Commentarior. de iure civ. Lib. III. Cap. 4. §. 25 — 27. pag. 56 — 58.*

19) *L. 201. D. de Verbor. Signif. Man vergleiche Jo. GOEDDAEI Comm. repetit. praelect. in Tit. XVI. Lib. L. Pand. ad L. 84. D. de Verbor. Signif. pag. 711. sqq. und Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Superioribus.*

20) *L. 45. pr. D. de legat. I. (XXX.) Ger. NOODT Comm. h. t. §. Sic: si. pag. 545.*

tur. Exemplo enim pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri.

4) Hat der Vater seinen Söhnen oder Töchtern Tutoren gegeben, so sind darunter auch die nachgeborenen Kinder, (*postumi vel postumae*) begriffen. Justinian sagt §. 5. *J. Qui testamento tutores dari poss.*

Si quis filius suis, vel filius tutores dederit, etiam postumae, vel postumo dedisse videtur: quia filii, vel filiae appellatione, postumus, vel postuma continetur.

Eben dieses bestätigt Ulpian *libro XV. ad Sabinum* ²¹⁾, wo er sagt: *Nomen filiarum et in postumam cadere, quaestionis non est.* Mit Recht sagt Ulpian, es könne davon gar keine Frage seyn, weil ja das noch ungebohrne Kind für schon geböhren gehalten wird, wo es auf dessen Vortheil ankommt ²²⁾. Endlich

5) hätte der Vater in seinem Testament gesagt: den Titius ernenne ich zum Vormund meines unmündigen Sohnes, es wären aber mehrere unmündige Kinder da, und wegen dieser nichts besonders verordnet, so gilt die Ernennung des Vormundes für sämtliche Kinder.

L. 16. pr. D. h. t. ULPIANUS libro XXXIX. ad Sabinum. Si quis filio tutorem dederit, et plu-

21) *L. 5. D. h. t.* Man verbinde damit die *L. 164. pr. D. de Verb. Signif.* welche auch aus *ULPIANI libro XV. ad Sabinum.* genommen ist. *S. GOEDDAEUS ad h. L. 164. und Car. Frid. WALCH ad Eckhardi Hermeneut. iuris Lib. I. §. 175.*

22) *S. DONELLUS Commentar. Lib. III. Cap. 4. §. 25.*

res filios habeat: an omnibus filiis dedisse videatur? Et de hoc POMPONIVS dubitat: magis autem est, ut OMNIBUS dedisse videatur.

§. 1309.

In wiefern kann der Großvater für seine Enkel einen testamentarischen Tutor bestellen? Erklärung der L. 10.

§. 2. D. h. t.

Den Enkeln kann der Großvater nur dann einen testamentarischen Vormund bestellen, wenn sie nicht nur in seiner Gewalt sich befinden, sondern auch nach seinem Tode *sui iuris* werden. Dieses Recht befolgten die Römer so streng, daß es, nach einem Rescript der Divi Fratres, wie Ulpian L. 2. D. h. t. berichtet, nicht einmal einem Soldaten erlaubt war, Enkeln einen testamentarischen Tutor zu ernennen, welche nach seinem Tode in die Potestas ihres Vaters fallen würden²³⁾. Papinian sagt L. 40. D. de administr. et peric. tutor. et curat. *Nam privilegium militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet: nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur, quam in bonis militum: filii vero tutela iure patriae potestatis, non militiae praemio mandatur*²⁴⁾. Hat also der Vater einen Sohn, und von diesem einen Enkel in seiner väterlichen Gewalt; so kann der Großvater dem Enkel keinen Vormund bestellen, wenn desselben Vater zu der Zeit, da der Großvater starb, noch in desselben Gewalt war, weil hier der Enkel, nach dem Tode des Großvaters, in die Potestas

23) S. Ant. FABRI Jurisprud. Papinianae Scientia Tit. XII. Princ. I. Mat. 28. pag. 710.

24) Man vergleiche auch die L. 28. D. de testam. militis.

seines Vaters fällt, und überdem auch kein *suus heres* vom Großvater ist ²⁵⁾, weil ihm der Vater vorgeht ²⁶⁾. Ein anders wäre, wenn der Sohn bey Lebzeiten seines Vaters aufgehört hätte in väterlicher Gewalt, und also *suus heres* zu seyn z. B. durch den Tod oder durch Emancipation. Hier kann der Großvater dem Enkel einen testamentarischen Vormund gültig ernennen, weil er nach dem Tode des Großvaters *suus heres* und *sui iuris* ist ²⁷⁾. Einen Fall giebt es jedoch, wo der Großvater seinem Enkel gültig einen Vormund bestellen kann, wenn auch desselben Vater zur Zeit der Errichtung des großväterlichen Testaments noch am Leben, und in der väterlichen Gewalt ist. Diesen Fall führt Ulpian *libro XXXVI. ad Sabinum* an, woraus die *L. 10. D. h. t.* genommen ist. In dieser Gesetzstelle heißt es §. 2.

Qui filium et ex eo nepotem habebat, si nepoti tutorem dederit, habet disceptationem, an aliquo casu non ²⁸⁾ *sit utilis datio? utputa si proponas, filium vivo patre decessisse, et nepotem ex eo successisse vivo avo: et fortius dicendum est, tutelam quoque e lege Junia Velleia confirma-*

25) §. 3. *J. de tutelis.*

26) *L. 75. §. 1. D. de Regul. iuris* und §. 2. *J. de hered. qualitate et diff.*

27) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

28) In einigen editionib. vulgat. z. B. in der des Guil. MARLINUS, Paris 1559. f. ist das *NON* weggelassen. Allein mit Recht giebt Ant. MORETUS *Observationum iuris lib. sing. cap. 15.* (in *Thes. iur. Rom. Otton. Tom. IV. pag. 142. sq.*) der florentinischen Lesart den Vorzug.

tam 29). Nam et POMPONIUS libro sextodecimo ex Sabino scripsit, valere tutoris dationem. Cum enim confirmatum sit testamentum, consequenter tutoris quoque datio valebit in eo testamento scripta, quod valet, id est 30), ubi nepos vel heres institutus sit, vel nominatim exheredatus sit.

Die *lex Junia Velleia*, deren hier gedacht wird, ein Volksschluß unter August, wahrscheinlich vom J. der E. R. 765, unter welchem Lucius Junius Silanus und Gajus Vellejus Tutor in den *fastis* 31) als Consules *suffecti* aufgeführt werden, von denen das Gesetz seinen Namen hat 32); diese Lex erlaubt die Einsetzung der Enkel, welche zwar zur Zeit des errichteten großväterlichen Testaments schon geboren, aber noch keine *sui heredes* waren, weil damals ihr Vater noch lebte, der selbst noch in der väterlichen Gewalt des Testirers war. Hörte nun dieser noch beim Leben des Testirers auf *sui heres* zu

29) Die Lesart *confirmatum* bey Laurellius und Gebauer ist wohl unstreitig unrichtig.

30) Haloander liest statt *id est*, *idem est*, und schließt diese Worte mit den übrigen bis *nominatim exheredatus sit*, in eine Parenthese ein. Dieser Lesart haben auch MURETUS c. 1. pag. 144. in fin. und Jac. OISELIUS ad Gaii Institution. Lib. I. Tit. 7. §. 2. Not. 14. (in *Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejust.* pag. 64.) Beyfall gegeben. Allein Andr. ALCIATUS *Dispunctionum* libr. 1. cap. 20. und *Ant. SCHULTING* c. 1. haben sie mit Recht verworfen.

31) *S. Th. Jans. ab ALMBLOEVEN Fasti Rom. Consular.* pag. 111.

32) *S. Car. God. WINCKLER Disp. de Lege Junia Velleia.* Lips. 1745. §. 2.

seyn, weil er starb; so traten nun die Enkel von diesem Sohne des Testirers in die Stelle ihres Vaters ein, und wurden gleichsam als postumi angesehen, welche durch eine quasi adgnatio die Rechte der suorum heredum erlangten³³⁾. So wie nun wahre postumi durch ihre Adgnation das väterliche Testament rumpiren, so rumpiren gleichfalls solche Enkel, welche quasi adgnascendo sui heredes vom Großvater geworden waren, das Testament desselben. Um also diese Entkräftung des großväterlichen Testaments, welche nach dem ältern Rechte auch nicht einmal durch Einsetzung der Enkel verhindert werden konnte³⁴⁾, zu verhüten, verordnete die Lex Junia Velleia, daß wenn der Testirer einen Sohn, und von diesem Sohne einen oder mehrere Enkel in seiner väterlichen Gewalt hätte, er nicht bloß seinen Sohn zum Erben einsetzen, oder namentlich enterben müsse, wenn das Testament gültig seyn solle, sondern auch die Enkel von demselben auf den Fall, daß ihr Vater, des Testirers Sohn, bey Lebzeiten des Großvaters sterben, oder sonst suus heres zu seyn aufhören, und die Enkel durch Eintreten in die Stelle ihres Vaters die Rechte der suorum heredum erlangen würden, entweder zu Erben einsetzen oder enterben solle³⁵⁾. Auf solche Art bleibt das Testament, der quasi adgnatio ungeachtet, gültig, und so kann denn auch solchen Enkeln auf diesen Fall ein testamentarischer

33) GAJUS *Institut. Commentar. II.* §. 153. §. 2. *J. de exheredat. liberor. L. 13. D. de iniusto rupt. et irr. testam.*

34) *S. Ant* SCHULTING *l. c.* Not. 14. pag. 65. und besonders WINCKLER in *Disp. cit.* §. XVI.

35) *L. 29. §. 15. et 14. D. de liberis et postum.* WINCKLER *cit.* *Disp. §. XV.*

Vormund gültig bestellt werden. Von der Tutel sprach zwar die lex Junia Velleia ausdrücklich nicht, allein durch Interpretation leiteten die Römischen Rechtsgelehrten daraus die ganz richtige Schlussfolge ab, daß wenn das Testament vermöge dieses Gesetzes gültig bleibe, auch die Ernennung des testamentarischen Vormundes gültig seyn müsse ³⁶⁾. Daher beruft sich Ulpian auf die Auctorität des Pomponius.

36) S. SCHULTING c. I. pag. 65. und WINCKLER cit. Disp. §. XVIII.

Lib. XXVI. Tit. III.

De confirmando tutore.

§. 1310.

Was ist confirmatio tutoris, und wenn ist sie nöthig? Erklärung der L. 4. C. de test. tut.

Testamentarische Tutoren, welche auf eine gesetzmäßige Art ernannt worden sind, bedürfen nach dem Röm. Rechte keiner obrigkeitlichen Bestätigung, weil das Gesetz der XII. Tafeln sie bestätigt ³⁷⁾. Testamento nominatim tutores dati, sagt Ulpian ³⁸⁾, *confirmantur eadem lege duodecim tabularum, his verbis; UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO*. Was nun zu einer gesetzmäßigen testamentarischen Vormundschaftsbestellung erfordert werde, ist in dem vorigen Titel (§. 1305.) ausgeführt worden. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Ernennung des testamentarischen Tutors ungültig. Die Constitutionen erlauben jedoch den Obrigkeiten, denen die Gesetze das Recht geben, Vormünder zu bestellen, den Mangel, der sich bey der Ernennung eines testamentarischen Vormundes findet, nach

37) L. 7. L. 9. D. de testam. tut. S. Ant. FABER de Errorib. Pragmat. et Interpret. iuris Decad. III. Err. 10.

38) Fragm. Tit. XI. §. 14.

dem Willen des Testirers, durch ihr Ansehen zu ergänzen. Diese Ergänzung wird hier *confirmatio tutoris* ³⁹⁾, und die testamentarische Tutel, die einer solchen obrigkeitlichen Bestätigung bedarf, eine unvollkommen bestellte, *tutela testamentaria imperfecta*, genennt. Modestinus giebt in einer aus desselben *libro VI. Excusationum* genommenen griechischen Stelle, es ist die *L. 1. §. 1. D. h. t.* die Confirmationsfälle, nach der richtigeren lateinischen Uebersetzung des Anton Augustinus ⁴⁰⁾ folgendermassen an.

Si vero ea persona sit, quae dare non potest, mater puta, vel patronus, vel extraneus quis: aut ei, cui datur, dari non possit, ut a patre filio, vel filiae, qui non sint in potestate: aut si scriptum sit: Rogo te, ut illas res cures, aut codicillis non confirmatis tutor aut curator datus sit, Constitutiones permiserunt, quod deest, consulari potestate ⁴¹⁾ *suppleri, et tutores secundum testatoris voluntatem datos confirmari.*

39) *L. 7. §. 1. D. h. t. G. Jac. Cujacii* Recitation. solemn. in *Cod. ad Tit. 29. Libri V. de confirm. tutore. Jos. Finestres et de Monsalvo* Commentar. in Hermogenian. ad *L. 7. D. de confirm. tut.* pag. 532—544. *Ger. Noort* Comment. ad hunc tit. *Digestor. (Opp. Tom. II. pag. 543—545.)* und *Ge. Henr. Ayraer* Diss. de differentiis iuris Romani et German. cum primis Lubecensis in confirmandis tutoribus. *Goett.* 1748. 4.

40) *Ad Modestinum sive de Excusationibus.* (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1560.)

41) Der Kaiser Claudius hatte nämlich den Consuln die Macht ertheilt, den Pupillen extra ordinem, wie *Suzronius in Claudio* cap. 25. erzählt, Vormünder zu

Modestin hat die hier angeführten einzelnen Confirmationsfälle, *libro IV. Excusationum*, woraus die *L. 13. §. 12. D. de excusation.* genommen ist, in folgenden allgemeinen Satz zusammengefaßt:

Qui non legitime tutores dati sunt, hoc est, a quibus non oportet, aut hi, quos non oportet, aut his, quibus non oportet, aut quo modo non oportet, si neque confirmabuntur, neque suscipient administrationem, immunes sunt.

Nach diesen Gesetzstellen ist also die testamentarische Tutel nicht gültig bestellt worden, und bedarf einer Bestätigung,

1) wenn der Testirer nicht das Recht hatte, einen testamentarischen Tutor zu ernennen. Dahin gehört a) wenn die Mutter ihrem Kinde oder ein mütterlicher Ascendent einem Enkel von seiner Tochter einen Vormund für dieselben in ihrem Testamente bestellt haben. Denn das Kind ist nicht in ihrer *Potestas*, es fehlt also an dem Grunde

geben. §. 3. *J. de Atilian. tut.* Ein Beyspiel von einer consularischen Ernennung kommt unter Trajan vor. *PLINIUS Lib. IX. Epist. 13. C. Jo. Christ. FRANCK Commentat. ad iurisprudentiam Tiberii Claudii Imp. (Viteb. 1770.) Cap. 5.* Hiermit scheint zusammenzuhängen, was Modestin von der Consularischen *Potestas* sagt. Da indessen weder *ULPIAN. Fragm. Tit. XI. §. 18. sqq.* noch *GAJUS Instit. Lib. I. §. 185. sqq.* der Consuln weiter gedenkt, die ohnehin nur *extra ordinem*, und *ex inquisitione* (§. 3. *J. de Atil. tut.*) welche nicht einmal bey jeder Confirmation vorkam, Vormünder bestellen konnten: so kann durch die *Consularis potestas* auch wohl nur überhaupt die obrigkeitliche Gewalt haben angedeutet werden sollen, wie es auch *Jos. FINISTRAS et de MONSALVO in Hermogeniano pag. 554.* versteht.

der testamentarischen Tutel. Ein solcher Vormund wird jedoch nur dann bestätigt, wenn das Kind zugleich zum Erben eingesetzt ist.

L. 4. D. de testam. tut. MODESTINUS libro VII. Differentiarum. Pater, herede instituto filio, vel exheredato, tutorem dare potest: MATER autem non nisi instituto, quasi in rem potius, quam in personam tutorem dare videatur. Sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur: nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.

L. 2. D. de confirm. tut. NERATIUS libro tertio Regularum. MULIER liberis non recte testamento tutorem dat: sed si dederit, decreto Praetoris vel Proconsulis ex inquisitione confirmabitur, nec satisfacit pupillo rem salvam fore. Sed etsi curator a matre testamento datus sit filiis eius, decreto confirmatur ex inquisitione.

L. 69. §. 2. D. de legat. XXXI. PAPINIANUS libro XIX. Quaestionum. MATER, filio impubere herede instituto, tutorem eidem adscripsit, eiusque fidei commisit, ut si filius suus intra quatuordecim annos decessisset, restitueret hereditatem Sempronio; non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia⁴²⁾ tutorem dare mater

42) Quia steht hier für licet, oder quamvis, wie es auch in den Basilicis Tom. V. pag. 808. Const. 69. durch ei καὶ

non potest: nam et si pater non iure facto testamento tutoris fidei commiserit, aequè praestabitur, quemadmodum si iure testamentum factum fuisset. Sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur 43).

L. 4. Cod. de testam. tut. (V. 28.) Imp. ALEXANDER A. Felicianae. MATER testamento^m filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes non instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tutor a Praesidibus confirmari. Nullo vero ex his interveniente, si res pupillares, qui dati sunt, administraverint: protutelae actione tenentur.

Nach diesem Gesetz scheint es zwar, als käme es nicht darauf an, ob die Mutter das Kind, dem sie in ihrem Testamente einen Vormund ernannt hat, zum Erben eingesetzt habe, oder nicht. Die Obrigkeit pflege in dem einem Falle, wie in dem andern den Vormund zu bestätigen. Allein schon Cujaz 44) hat bemerkt, daß die gemeine Lesart unrichtig, und das *non* wegzustreichen sey.

erklärt wird. Eine Bedeutung, die weder von BRASSONIUS, noch von andern bemerkt worden ist, welche de Verborum iuris Significatione geschrieben haben.

43) S. Jac. CUIACII Comment. in libr. XIX. Quaest. Papiniani. (Oper. postum. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 556. sq.)

44) Notae ad Institution. Tit. de tutelis, und Desselben Recitation. solema. in Cod. ad Tit. XXIX. libri V. de confirm. tut.

Reinhard Bachov⁴⁵⁾ hat zwar die gemeine Lesart gegen Cujaz zu vertheidigen gesucht. Er verwirft diese Emendation darum, weil sie nicht nur an sich violent sey, sondern auch eine unnütze Tautologie herbeiführe. Denn wollte man die Negation weglassen, so werde zweymal nach einander das nämliche gesagt. Ueberdem deuteten die Worte: *nullo vero ex his interveniente* auf einen doppelten Fall hin, den der Erbeinsetzung, und den der Nichteinsetzung der Kinder. Eben so ist Cörnel. van Bynkerckshöf⁴⁶⁾ gegen Cujaz, welcher das Gesetz des Codex mit den angeführten Pandectenstellen so zu vereinigen sucht, daß er einen Unterschied macht. Hat nämlich die Mutter ihre Kinder, denen sie einen Vormund ernannt hat, in ihrem Testamente zu Erben eingesetzt, so müsse die Obrigkeit den Vormund bestätigen; in dem entgegengesetzten Falle könne sie zwar den Vormund bestätigen, wenn es nach ihrem Ermessen für die Kinder nützlich sey, allein sie sey dazu nicht verbunden. Dieß deute das Wort *solere* an, welches von *debere* unterschieden sey, und bloß davon gebraucht werde, *quod moris, non quod iuris est*. Am meisten hat sich jedoch Johann Wilh. Marckart⁴⁷⁾ bemüht, die Negation in der gemeinen Lesart zu erhalten. Er sagt, es komme in Absicht auf die obrigkeitliche Bestätigung gar nicht darauf an, ob die Mutter ihre Kinder, denen sie einen Vormund bestellt hat, in ihrem Testamente

45) *Notae et Animadversion. ad Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. C. Verb. *Quid si mater.* p. 405.

46) *Observation. Juris Rom. Lib. II. cap. 17.*

47) *Probabilia receptarum Lection. iuris civilis. P. II. (Trajecti ad Rhen. 1738. 8.) ad L. 4. C. de testament. pag. 104 — 113.*

zu Erben eingesetzt habe, oder nicht. Daß dieses die wahre Meinung des Kaisers Alexander sey, erhelle aus einer andern Verordnung eben dieses Kaisers, nämlich der L. 1. C. de confirm. tut. wo er auch nicht unterscheide. Die mütterliche Ernennung eines Vormundes sey ungültig, sie möge ihre Kinder zu Erben einsetzen oder nicht, in beyden Fällen *tutor debet vel solet confirmari a Praesidibus. Nullo vero ex his interveniente*, diese Worte versteht er so: nullo Praeside interveniente, so finde nur *actio protutela* Statt, wenn sich der von der Mutter ernannte Vormund dennoch in die Tutel eingemischt hätte. Wenn Modestin in der L. 4. D. de testam. tut. sagt, *mater non nisi filio instituto tutorem dare potest*; so habe dieses nicht den Sinn, als ob es der Obrigkeit nicht erlaubt sey, einen solchen Vormund zu bestätigen, den die Mutter für ihr Kind ernannt hat, ohne es zum Erben einzusetzen, sondern der Rechtsgelehrte habe nur zeigen wollen, was der Mutter selbst bey Ernennung eines testamentarischen Vormundes erlaubt sey, und was für ein Unterschied zwischen einem Vormund, welcher vom Vater, und dem, welcher von der Mutter ernannt ist, Statt finde. Daß nun aber die Obrigkeit auch einen solchen Tutor bestätigen könne, den die Mutter einem, auch nicht zum Erben eingesetzten Kinde, bestellt hat, sey die Frage gewesen, worüber der Kaiser Alexander hier rescribirt habe. So Markart. Der Meinung Bynkershöls sind Joseph Finestres⁴⁸⁾, Johann van Rispen⁴⁹⁾,

48) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. Lib. II. ad L. 7. D. de confirm. tut. §. 3. pag. 534.

49) Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex HERENNII MODESTINI IX. libris. Differentiar. supersunt. Cap. VIII.

Carl Fried. Walch⁵⁰⁾ und Lud. Jul. Fried. Höpfer⁵¹⁾ beygetreten. Anton Faber⁵²⁾, der *de matre vel avia dante tutorem filio vel nepoti*, gewiß am ausführlichsten handelt, hat jedoch an unsere L. 4. C. de test. tut. nicht gedacht. Allein die meisten sowohl älteren, als neueren Rechtsgelehrten⁵³⁾ haben die Emendation des Cuzajaz als nothwendig anerkannt. In der That widerspricht auch das, was man zur Unterstützung der negativen Lesart vorgebracht hat, so ganz dem Inhalt der L. 4. daß man bey unbefangener Prüfung der Gründe, worauf diese Ansicht gestützt ist, keinen Antheil daran nehmen kann.

(in Ger. OBLRICHS *Thes. Dissertation. iurid. selectt. in academ. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 73.)

50) *Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 7.* und ad *Joach. HOPPII commentat. ad Institut. §. 5. J. de tutel. not. a.* pag. 148.

51) *Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 174. Not. 4.*

52) *Jurisprud. Papinian. Scientia Tit. XII. Princ. I. II. lat. 30. pag. 711. sq.*

53) *Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. In matre. p. 544. Herm. VULTEIUS Comm. in Institut. ad §. Permissum 2. de tutel. nr. 3. Guil. MARANUS Paratitl. ad Tit. Pand. de confirm. tut. Jul. PACIUS Analys. Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 4. Jo. VORT Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. Arn. VINNIUS Comm. in Institut. ad §. 5. de tutel. nr. 3. Ev. OTTO Comment. ad eund. §. J. de tutel. Jo. Jac. WISSENBACH Comment. in libros VII. priores Cod. ad L. 4. de testam. tut. pag. 469. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 97. Bav. VOORDA *Thes. controuv. Decad. XVIII. §. 9. Christ. Frid. MÜHLENBERG Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 317. Not. 7. u. s. m.**

Schon gleich der Anfang der L. 4. *Mater testamento filii tutorem dare non potest, nisi eos heredes instituerit*, überzeugt uns lebhaft, daß die Negation mit diesem Satz nicht bestehen könne. Alexander wollte hier kein neues Recht einführen, welches überhaupt bey kaiserlichen Rescripten nicht leicht der Fall ist⁵⁴⁾. Er geht daher bey seiner Entscheidung von einem ganz unbestrittenen Satz des gemeinen Rechts aus, den die angeführten Pandectenstellen ganz unzweydeutig aussprechen. Nach diesem kann die Mutter ihren Kindern anders keinen Vormund ernennen, als wenn sie dieselben zu Erben einsetzt. Die Erbeneinsetzung ist schon darum nothwendig, weil man, wie Modestin sagt, annimmt, die Mutter habe quasi *in rem potius, quam in personam* den Vormund bestellt, d. h. sie habe mehr für das Vermögen, welches sie den Kindern hinterlassen hat, als für die Person, welche ihrer Gewalt nicht unterworfen ist, den Vormund ernannt⁵⁵⁾. Wollte man nun die negative Lesart beybehalten, so würde das Rescript den Sinn haben, die mütterliche Ernennung eines testamentarischen Vormundes sey schon an sich gültig, und bedürfe keiner Confirmation, wenn sie ihre Kinder zu Erben eingesetzt habe, diese sey nur in dem entgegengesetzten Falle erforderlich. Dann hätte ja aber Alexander durch sein Rescript das Pandectenrecht abgeändert. Dieß will freylich Accursius behaupten, allein mit welchem Grunde? Man erwäge, daß Modestin Alexanders Zeitgenosß, und Rath war,

54) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 67.

55) S. ПОТНЬЯ Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. a. pag. 97.

ja noch lange nach ihm unter Gordian blüthete ⁵⁶). Alexander dachte auch gewiß nicht entfernt an eine solche Abänderung des bestehenden Rechts, welches selbst Justinian noch zu dem seinigen machte. Alexander will vielmehr in den folgenden Worten näher bestimmen, wie der im Eingange des Gesetzes aufgestellte Satz zu verstehen sey. Damit nämlich daraus Niemand folgern möchte, als sey zur Gültigkeit der mütterlichen Ernennung eines testamentarischen Vormundes schon genug, wenn die Kinder zu Erben eingesetzt worden sind; so fügt der Kaiser hinzu, wenn auch die Mutter die Kinder zu Erben eingesetzt habe, so müsse doch der für sie bestellte Vormund noch von der Obrigkeit bestätigt werden. Der Ausdruck: *SOLET confirmari* ist offenbar ganz falsch verstanden worden. Es soll dieß nicht soviel heißen, als sey die Bestätigung des Vormundes der Willkühr der Obrigkeit überlassen. Was wäre dieß für eine Entscheidung? Nein, die Obrigkeit ist verpflichtet, den Vormund zu prüfen, und wenn sie ihn tüchtig findet, zu bestätigen. Derselbe Kaiser Alexander braucht das Wort *solet* auch von der obrigkeitlichen Bestätigung eines solchen testamentarischen Tutors, welcher vom Vater nicht gesetzmäßig ernannt worden ist ⁵⁷). Es bedeutet also hier eben so viel, als *debet*. Der Sinn des Rescripts geht folglich dahin: soll die Ernennung eines Vormundes im mütterlichen Testamente gültig und von Wirkung seyn, so wird dazu zweyerley erfordert. Die Mutter muß Erstens die Kinder zu Erben einsetzen, und dann muß zweytens der Vormund, dem Willen der Verstorbenen gemäß, von der Obrigkeit bestätigt werden.

56) G. van NISPEN Diss. cit. Cap. I. pag. 5. sqq.

57) L. 2. C. h. t. Dieses Gesetz ist vom Kr. Alexander.

Ist aber von dem nichts geschehen, (*nullo vero ex his interveniente*) d. h. sind die Kinder weder von der Mutter zu Erben eingesetzt, noch der von ihr ernannte testamentarische Vormund von der Obrigkeit confirmirt worden; so ist die mütterliche Ernennung des Vormundes für nicht geschehen zu halten. Hat sich der Vormund dennoch in die Verwaltung eingelassen, so hat gegen ihn nur die *actio protutela* statt. Zur Bestärkung der Cujacius'schen Emendation dient hier noch die Bemerkung des Fabrotus⁵⁸⁾, welcher im Betreff der *L. 4. C. de test. tut.* sagt: *in qua, sc. lege, recte pridem observatum est, ex abundantia adiectam esse negationem, quam nec libri veteres agnoscunt, nec interpretes Graeci.* Statt *non* wollen jedoch Theodor Marcilius⁵⁹⁾ und Franz Broeus⁶⁰⁾ *nominatim* lesen, welches, abbrevirt, gar leicht von unwissenden Abschreibern für *non habe* gelesen werden können. Eine sinnreiche Conjectur.

b) Wenn ein Fremder, oder ein Verwandter, der weder väterlicher noch mütterlicher Ascendent ist, z. B. Vatersbruder, oder Mutterbruder, einen Pupillen zum Erben eingesetzt, und diesem einen Vormund im Testamente bestellt hat. Hier ist zwar aus gleichem Grunde die Ernennung des Vormundes ungültig. Hat aber der Pupill sonst kein Vermögen, als was ihm von dem Testirer hinterlas-

58) Ad THEOPHILI Paraphr. graeco. Institution. §. 5. de tutel. not. x. pag. 140. edit. Reitzii.

59) Not. ad §. 5. J. de tutel. in Jani a COSTA Commentar. in Institution. pag. 87.

60) Exposition. in Justiniani Institution. (Lutet. Parisior. 1622. 4.) ad §. 5. de tutel. pag. 125.

sen worden ist; so wird angenommen, der Testirer, welcher den Pupillen aus Liebe zum Erben eingesetzt hat, werde auch einen ihm bekannten sichern Vormund ernannt haben⁶¹⁾. Eben dieses galt auch von einem Patron, der seinen unmündigen Freigelassenen zum Erben eingesetzt hatte.

L. 4. D. h. t. PAULUS libro singulari de Excusationibus tutelarum. Si patronus, vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus, non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluit, noverit, et impuberem ita dilexerit, ut eum heredem institueret.

L. 5. D. eodem. PAPINIANUS libro II. Quaestionum. Tutores a patruo testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare.

§. 1310. a.

Fortsetzung der Confirmationsfälle. Erklärung der *L. 7. pr. D. h. t.* und der *L. 6. eodem.*

Die Ernennung eines testamentarischen Vormundes ist unvollkommen,

2) wenn der Vater solchen Kindern einen Vormund bestellt hat, über die er keine väterliche Gewalt hatte. Dahin gehört a) wenn emancipirten, zu Er

61) *S. Ger. Noodt Comment. ad Dig. h. t. §. Potest. (Opp. Tom II. pag. 544.) Ant. FABER Jurispr. Papi- nian. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 30. pag. 712. und Jos. FINESTRES et de MONSALVO Commentar. in Her- mogenian. ad L. 7. D. de confirm. tut. §. 4. pag. 555.*

ben eingesetzten, oder enterbten Kindern ein Tutor gegeben worden ist.

§. 5. *J. de tutelis.* Sed si emancipato filio tutor a patre testamento datus fuerit, confirmandus est ex sententia Praesidis omnimodo, id est, sine inquisitione.

Denn da nach dem prätorischen Rechte auch das emancipirte Kind vom Vater entweder zum Erben eingesetzt, oder enterbt werden muß; so ist ein solches Kind nicht einem extraneus, oder einem solchen Kinde gleich zu achten, welches nothwendig hätte eingesetzt werden müssen, wie ein Kind, dem die Mutter einen Vormund im Testamente ernannt hat⁶²). In patre enim haeret vestigium pristinae potestatis, sagt sehr richtig der große Gerhard Noodt⁶³), cui etiam sublata patria potestate multum tribuerunt veteres: nam et post emancipationem est ius successionis iure Praetorio per bonorum possessionem, etsi desiit esse ius sui heredis. Daher kann allerdings auch ein solcher Tutor confirmirt werden, den der Vater einem enterbten emancipirten Kinde bestellt hat⁶⁴).

b) Wenn der Vater für einen filius naturalis einen

62) *L. 4. D. de testam. tut.* S. Jac. COJACII Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. 29. libri V. de conf. tut. und *Reinh. BACHOVIVS ad Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. A et B. Verb. *Exheredato autem filio.* pag. 404.

63) *Commentar: ad Dig. h. t. §. In matre quoque.* p. 544.

64) S. THIBAUT *Syst. des Pand. R.* 1. B. §. 504. lit. A. und von Wenig, *Jngenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.* 3. B. IV. B. §. 156.

Vormund ernannt hat, welcher jedoch, wenn er confirmirt werden soll, zum Erben eingesetzt seyn muß, oder es muß ihm sonst Etwas vermacht, oder geschenkt seyn, nur aber nicht mehr, als der Vater seinen natürlichen Kindern nach Maßgebung der Gesetze aus seinem Vermögen zuwenden kann.

L. 7. pr. D. h. t. HERMOGENIANUS *libro secundo iuris Epitomarum.* NATURALI filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur.

Ueber den eigentlichen Sinn dieser Gesetzstelle sind mancherley Erklärungen zum Vorschein gekommen. So viel zunächst den Ausdruck *naturalis filius* anbetrifft; so will Anton Faber ⁶⁵⁾ darunter nicht ein solches Kind verstehen, welches der Vater mit einer Concubine erzeugt hat, denn solchen Kindern, sagt er, sey der Name *liberi naturales* zuerst vom R. Constantin dem Großen gegeben worden. Hier sey unter *naturalis filius* ein solches Kind zu verstehen, welches in der Slaverey, und also vom Vater im *Contubernium* gezeugt worden, nachher aber zugleich mit dem Vater manumittirt worden ist. Denn ein solches Kind sey nicht in väterlicher Gewalt gewesen, weil es aus keiner rechtmäßigen Ehe geboren worden ist. Allein schon Jacob Gothofredus ⁶⁶⁾ hat diese irrige Erklärung hinlänglich widerlegt. Hermogenian lebte ja unter Constantin dem Großen ⁶⁷⁾, und

65) *Jurispr. Papin. Scient. Tit. IX. Prin. II. Illat. 1. p. 574. sq. et Tit. XII. Princ. I. Illat. 32. p. 714. sq. et Illat. 35. p. 717.*

66) *Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de naturalibus liberis. Tom. I. Lib. IV. Tit. 6. pag. 593. edit. Ritter.*

67) *S. Jos. FINESTRES et de MONSALVO Diss. praeliminar. de Hermogeniano §. 5. Commentar. pag. 3. und Christ.*

dann finden wir ja schon längst vor seiner Zeit die Benennung von *liberi naturales* in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten ⁶⁸⁾ gerade in der Bedeutung von Concubinen-Kindern, so daß es also gar keinem Zweifel unterworfen seyn kann, daß Hermogenian den Ausdruck *filius naturalis* auch hier in der gewöhnlichen Bedeutung genommen habe.

Hiernächst will man die Worte: *cui nihil relictum est*, für einen Zusatz vom Tribonian halten, welcher diese Worte wegen einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian eingeschaltet habe ⁶⁹⁾. Es ist die *L. ult. Cod. h. t.* welche so lautet:

Imp. JUSTINIANUS A. Juliano P. P. Naturalibus liberis providentes, damus licentiam patribus eorum in his rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint, scilicet *intra praefinitum*

Frid. POHL de Codicibus Gregoriano atque Hermogeniano Commentat. histor. (Lipsiae 1777. 4.) §. VII. pag. 24. sq.

68) *L. 11. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. L. 45. D. de vulg. et pup. substit. L. 17. §. 4. D. ad Sctum Trebell. L. 38. pr. D. de reb. auct. iud. possid.*

69) *Ant. FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. IX. Prin. II. Illat. 1. pag. 574. sqq. Pet. FABER Commentar. ad Tit. Pand. de div. Reg. iuris L. 73. pag. 194. Fr. RAGUILLUS Commentar. ad Constitut. et Decision. Justin. L. ult. C. de confirm. tut. pag. 359. Jo. Jac. WISSENBACH Emblemata Triboniani. Cap. IV. pag. 75. edit. Heinecc. Halae 1736. 8. und Ant. SCHULTING Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. IV. ad L. 7. D. h. t. pag. 404.*

*nostris legibus modum*⁷⁰⁾, et tutorem eis relinquere: qui debet apud competentem iudicem confirmari, et ita res gerere pupillares. Dat. XV. Kal. April. Constantinop. LAMPADIO et ORESTE CONSS. 530⁷¹⁾.

Vor Justinian soll der Vater einem natürlichen Kinde, selbst einem solchen, welches er mit einer Concubine erzeugt hat, gar keinen Tutor haben bestellen können, wenn er auch gleich dasselbe zum Erben eingesetzt hatte. Dieß habe erst Justinian geändert, und nach desselben Constitution habe Tribonian die *L. 7. h. t.* interpolirt. Allein Paulus⁷²⁾ lehrte uns ja, daß jeder extraneus dem Pupillen, den er zum Erben eingesetzt hat, einen Tutor mit der Wirkung bestellen könne, daß der Vormund von der Obrigkeit bestätigt werden müsse. Warum also nicht auch der Vater seinem natürlichen Sohne, wenn er ihn zum Erben eingesetzt hatte⁷³⁾?

Endlich haben auch die Worte: *nec sine inquisitione confirmatur*, verschiedene Erklärungen veranlaßt. Mehr

70) POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. c. pag. 97. hält diese Worte für einen Zusatz Tribonians, welche sich auf die *L. 2. C. de natural. lib.* bezögen. Man s. den 28. Th. dieses Commentars §. 1295.

71) Justinian beruft sich auf diese Verordnung in der *L. ult. Cod. Quando mulier tut. officio fungi potest.* welche von demselben Datum ist.

72) *L. 4. D. h. t.*

73) G. Jo. WYBO Diss. de Triboniano ab emblematis. WISSENBACHII liberato. Cap. IV. §. 21. pag. 310 sq. (edit. Halens.) und B. VOORDA Thes. controuv. Decad. XVIII. §. 10.

tere Rechtsgelehrten⁷⁴⁾ haben sie so verstehen wollen, wenn der Vater einem natürlichen Kinde, dem er nichts vermacht hat, einen Vormund in seinem Testamente bestellt hat, so werde ein solcher Tutor anders nichts, als cum inquisitione confirmirt. Habe er ihm also was vermacht, so werde der Tutor sine inquisitione confirmirt. Allein der Vater ist doch in Rücksicht seines natürlichen Sohnes, der nie in seiner väterlichen Gewalt war, gewiß nur wie ein extraneus zu betrachten⁷⁵⁾. Hat aber ein extraneus einem Pupillen einen Vormund bestellt, so wird dieser nur dann von der Obrigkeit bestätigt, wenn er denselben zugleich zum Erben eingesetzt hat, weil man annimmt, daß derjenige, welcher den Pupillen aus Liebe zum Erben eingesetzt hat, auch wohl den Tutor gekannt haben werde, den er für ihn zugleich ernannt hat⁷⁶⁾. Warum sollte nun der pater naturalis ein vorzüglicheres Recht haben? Wie konnte ferner Hermogenian sagen: Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor FRUSTRA datur a patre, wenn ihn gleichwohl die Obrigkeit bestätigen mußte, wofern er nach vorgängiger Untersuchung wäre tänglich befunden worden? Die Stelle ist freylich dunkel, sie kann aber nach der Analogie vom extraneus

74) Jo. VoET Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. BACHOV ad Treutlerum Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. C. pag. 469. Jul. PACIUS Analys. Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 3. pag. 499. Chr. Frid. MÜHLENBRUCH Doct. Pand. Vol. II. §. 317. u. a. m.

75) L. 5. D. de in ius voc. L. ult. C. de natural. lib. S. Herm. VULTEJUS Commentar. ad §. Permissum. 2. Institution. de tutel. nr. 4. und HUGO DONELLUS Commentar. Lib. III. cap. 5. §. 8.

76) L. 4. D. h. t.

keinen andern Sinn haben, als den, wenn der Vater seinem natürlichen Sohne einen Vormund bestellt hat, so ist eine solche Ernennung ungültig, wenn er nicht zugleich dem Sohne Etwas in seinem Testamente vermacht hat. Ist dieses geschehen, so wird er zwar confirmirt, aber doch nicht ohne vorgängige Untersuchung seiner Tauglichkeit. Hat ihn hingegen der Vater nichts hinterlassen, so wird er auch nicht einmal ex inquisitione bestätigt. So wird dieses Gesetz auch von den meisten Rechtsgelehrten⁷⁷⁾ verstanden, und gewiß den Worten Hermogenians nicht zuwider. Denn der Jurist sagt ja nicht, wenn der Vater seinem natürlichen Sohne im Testamente nichts vermacht hat, so sey der ihm gegebene Vormund ex inquisitione zu bestätigen. Nein, er sagt nur überhaupt, der Tutor werde nicht sine inquisitione bestätigt. Indem nämlich Hermogenian hier zeigen will, in wiefern die Vormundschaftsbestellung für ein natürliches Kind gültig sey, sagt er uns nur, in wiefern sie ungültig sey, nämlich a) sie sey ungültig, wenn der Vater dem Kinde in seinem Testamente nichts hinterlassen hat⁷⁸⁾. b) Die Confirma-

77) *S. Ger. Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. Ita patet. pag. 544. Jos. Finestres et de Monsalvo Commentar. in Hermogen. ad L. 7. h. t. §. 8. pag. 537. Ev. Otto Comment. ad §. 5. J. de tutelis. Man s. auch Jac. Cujacii Recitat. solemn. in Cod. ad Tit. 29. Libri V. de conf. tut. Ant. Perz Praelection. in Cod. Lib. V. Tit. 29. nr. 4. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 504. lit. B.*

78) *Ant. Faerber in Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. IX. Princ. I. lllat. 1. pag. 576. findet in den Worten Hermogenians: cui nihil relictum, auch darin einen Anstoß, daß nicht gesagt worden, cui nihil reliquerit pa-*

tion eines solchen Vormundes gelte auch nicht ohne vorgängige Inquisition. Hieraus folgt nun nicht, daß diese Confirmation auch dann geschehen müsse, wenn der Vater dem natürlichen Kinde nichts hinterlassen hat; gewiß nicht, so wenig wie bey einem extraneus. Es folgt vielmehr daraus, daß die Ernennung eines solchen Vormundes, wenn sie gültig seyn soll, dreyerley erfordere, a) der Vater muß seinem natürlichen Kinde zugleich Etwas in seinem Testamente hinterlassen haben; b) der Vormund muß von der Obrigkeit bestätigt werden, und zwar c) ex inquisitione. Das letztere Erforderniß ist keinesweges von Justinian in der *L. ult. C. h. t.* aufgehoben worden. Justinian wollte hier nur genauer bestimmen, in wiefern dem Vater erlaubt seyn solle, seinen natürlichen Kindern einen Vormund im Testamente zu geben, welcher aber von der Obrigkeit bestätigt werden müsse. Daß die Confirmation ex inquisitione geschehen müsse, konnte Justinian mit Recht, als bekannt, voraussetzen, weil er schon in seinen Pandecten mit Hermogenians Worten gesagt hatte: *non sine inquisitione confirmatur.* Hätte Justinian dieses abändern wollen, so hätte er sich, nach seiner bekannten Denkungsart, gewiß deutlicher darüber ausgesprochen.

3) Wenn der Vater einem schon mündigen Kinde einen Tutor, oder einem noch unmündigen Kinde einen Curator in seinem Testamente bestellt hat. Daß ein solcher Vormund zu confirmiren sey, lehrt Papinian

ter, um den Fall auszuschließen, da einem natürlichen Kinde von einem Dritten etwas vermacht worden ist. Allein die Worte: *tutor frustra datur a PATRE*, deuten ja schon genugsam an, daß ihm der Vater nichts hinterlassen habe.

libro quinto *Responsorum*, woraus die L. 6. D. h. t. genommen ist. Si filio *puberi* pater tutorem, aut *impuberi* curatorem⁷⁹⁾ dederit, citra inquisitionem

79) Haloander, Hugo a Porta, Bauboga, Merlin und Miräus lesen hier: Si filio *impuberi* pater tutorem, et *puberi* curatorem dederit. Eben so Jo. Lud. Wilh. Beck in Corp. iur. civ. P. I. Tom. I. pag. 955. Allein Jac. Cujacius in Commentar. in Libr. V. Responsor. Papiniani, ad L. h. 6. h. t. (*Oper. postumor. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 187.*) giebt der florentinischen Lesart den Vorzug, und Ant. FABER in Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Princ. I. Illat. 31. pag. 715. sq. hat aus Gründen bewiesen, daß sie die richtigere Lesart sey. Arnold. ROEGERSIUS in Diatr. ad L. si filio 6. ff. de confirmando tutore, vel curatore sive de tutore dato *puberi*, et de curatore, dato a patre filio *impuberi*, confirmando. (*Apodicticar. Demonstration. Lib. II. pag. 692—707. Lugd. Batav. 1727. 4.*) hat aber die Richtigkeit derselben vollends ausser allem Zweifel gesetzt. Die glossirten Handschriften mögen wohl so, wie Haloander, und die oben angeführten glossirten Ausgaben gelesen haben. Dieses ergibt sich aus der erzwungenen Erklärung der Glosse, welche den auch nicht entfernt in dem Gesetz enthaltenen Fall unterstellt, daß der Vater seinem unmündigen Kinde einen Tutor *in testamento non utili* bestellt habe. Allein schon Azo billigte die florentinische Lesart. Er sagt nämlich: Sed si habes primo *puberi*: postea *impuberi*: plana est litera: et erit inutilis datio tutoris, ratione eius, cui datur: cum datur curator, ratione dantis, et eius, cui datur: quia non datur in testamento etiam solemniter. Sed secundum primam literam inutilis est datio tutoris: quia minus solemniter datus est. Item *curatoris*, ratione eius, qui dat: quia non potest dari in testamento etiam solemniter. Brentf.

Praetor eos confirmare debebit. Denn das Gesetz der zwölf Tafeln, welches dem Vater das Recht giebt, seinen Kindern einen Vormund im Testament zu geben, redet nur von der Tutel, welche sich nicht über die Jahre der Unmündigkeit hinaus erstreckt. Die väterliche Gewalt berechtigt also den Vater nicht den Kindern einen Curator in seinem Testamente zu setzen⁸⁰⁾. Ist es dennoch geschehen, und die Kinder sind mündig, so kommt es darauf an, ob sie einen Curator verlangen; dann wird er von der Obrigkeit bestätigt. Außerdem ist die Ernennung ungültig. In unserer Gesetzstelle hatte der Vater auf eine doppelte Art dem Rechte zuwider gehandelt. Denn es sind darin zwey Fälle enthalten. I. Der Vater wollte seinem Sohne, der schon mündig war, einen Curator setzen, und schrieb *tutorem*. Hier versah er der Vater auf zweyerley Art; 1) daß er einem schon mündigen Kinde in seinem Testamente einen Vormund ernannte, wozu ihn die väterliche Gewalt nicht berechtigte, und 2) daß er diesen

man in der Gebauerischen Ausgabe sagt zwar Not. 27. pag. 445. *Non tantum HAL. sed omnes, quos vidi, codices invertunt*. Allein vermuthlich waren es lauter glossirte Handschriften. Dagegen sagt Lub. Charon das in seiner Ausgabe (Antwerpen 1575. f.) von der florentinischen Lesart: *immo recta est, neque mutari debet*; auch *Car. Frid. WALCH ad ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. cap. 2. §. 52.* ist dem ROTGERSIUS mit Recht beygetreten, welcher letztere Cap. II. §. 1. sqq. auch die ganz unnöthige Versetzung der Worte bey NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. *Absolvi*. pag. 545. *Si filio puberi pater curatorem dederit, aut impuberi tutorem*, mit Recht verworfen hat.

80) §. 1. *J. de curator. L. 7. Cod. de testam. tut.* C. Jac. CUIACIUS Observation. Lib. VII. cap. 6.

Vormund tutor nannte, der doch ein Curator seyn sollte. II. Der Vater hatte einem unmündigen Kinde einen Curator in seinem Testamente bestellt, dem er einen Tutor geben wollte. Auch in dieser Ernennung liegt ein doppelter Fehler, 1) weil ein Curator im Testamente bestellt worden, der darin nicht bestellt werden konnte; 2) weil der Curator einem unmündigen Kinde gegeben worden, dem der Vater nur einen Tutor bestellen konnte. In beyden Fällen ist also die testamentarische Vormundschaftsbestellung ungültig, und bedarf einer obrigkeitlichen Bestätigung. Man kann hier sagen, der Vater habe sich entweder in einem Irrthume befunden, und seinen Sohn, der schon mündig war, für noch unmündig gehalten, und ihm, statt eines Curators, einen Tutor gegeben, oder er habe den Sohn, der noch unmündig war, für schon mündig gehalten, und ihm, statt eines Tutors, einen Curator gegeben; oder man kann auch sagen, der Vater habe sich in einer Rechtsunwissenheit befunden, und aus Unkunde des rechtlichen Unterschiedes zwischen tutor und curator, beyde Benennungen verwechselt. In einem gleichen Irrthume befand sich der Centurio bey Papinian⁸¹⁾, der auch seinem impuberi filio einen Curator im Testamente bestellt hatte. Obgleich hier der Testirer Soldat war, so hatte er doch bey der Bestellung des Vormundes vor einem Paganus nichts voraus. Die Ernennung war also hier eben so ungültig, wie in dem Testamente eines Paganus. Papinian gedenkt ausdrücklich dabey des decreti Praetoris, vor dessen Erfolg der Vormund nicht verbunden war, sich der Vormundschaft zu unterziehen. Er mußte also erst bestätigt werden, eher war er auch nicht verantwortlich. Doch wir wollen den Papinian selbst reden lassen. Er sagt *libro sexto Responsorum*.

81) L. 40. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.

IMPUBERI filio Centurio CURATOREM dedit: decreto Praetoris non secuto, si nihil curator datus administret: periculo contumaciae vel negligentiae non adstringetur. Nam privilegium militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet: nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur, quam in bonis militum: filii vero tutela iure patriae potestatis, non militiae praemio mandatur.

Hier sollte man also auch wohl emendiren, und statt *impuberi filio* lesen *puberi*? Wem ist dieses wohl bis jetzt noch eingefallen? warum will man nun in der L. 6. h. t. statt *impuberi curatorem dedit*, lieber *puberi* lesen? Es lebe die florentinische Lesart. Dieser gemäß ist denn also die Confirmation des Vormundes in beyden Fällen, von denen Papinian spricht, nöthig. Da nun aber in beyden Fällen ein Irrthum des Testirers zum Grunde liegt, man nehme nun einen *error facti* oder *iuris* an; so muß dieser bey der Bestätigung des Vormundes von der Obrigkeit zugleich verbessert werden. Der fehlerhaft bestellte Vormund muß also in dem ersten Falle nicht als Tutor, sondern als Curator, in dem letztern Falle aber nicht als Curator, sondern als Tutor confirmirt werden ⁸²⁾.

§. 1510. b.

Confirmation wegen Mangels in Rücksicht der Form der testamentarischen Tutel.

Die testamentarische Tutel ist 3) ungültig, und bedarf

82) S. ROTGERSIUS cit. Diatr. Cap. II. §. 8. et 9. p. 705. sq. POTHIER Pand. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. V. Not. g. pag. 97. Ant. SCHULTING Notae ad Dig. seu Pand. Tom. IV. ad h. L. 6. pag. 405. und B. VOORDA Thes. controversar. Decad. XVIII. §. 6.

einer obrigkeitlichen Bestätigung, wenn sie in Rücksicht der Form mangelhaft ist. Dahin gehört, a) wenn der Vater den Vormund in einem nicht gültigen Testamente, oder in *codicillis non confirmatis* bestellt hat, oder daß Testament, in welchem der Vormund bestellt worden, *ruptum* oder *irritum* oder *destitutum* geworden ist.

L. 3. D. h. t. JULIANUS libro XXI. Digestorum. Qui a patre tutor scriptus est aut non iusto testamento⁸³⁾, aut non, ut lege praecipiebatur: confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si ex testamento tutor esset: id est, ut *satisfactio* ei remittatur.

L. 2. C. h. t. Imp. ALEXANDER A. Neque per epistolam, neque ex imperfecto testamento tutorem recte dari, indubitati iuris est. Sed *voluntas patris* in constituendis tutoribus, vel curatoribus in huiusmodi casibus a iudice, ad cuius officium haec res pertinet, *servari solet*.

L. 1. §. 1. D. h. t. MODESTINUS libro VI. Excusationum⁸⁴⁾. Si *codicillis non confirmatis* tutor

83) Jac. CUSACIUS Commentar. in Lib. XXI. Digestor. Salvii Juliani ad h. L. (*Opp. postum. a FABROTO* editor. Tom. III. pag. 142.) versteht die Worte *non iusto testamento* nicht bloß von einem testamento non iure perfecto, sondern auch von einem testamento minus solemnium. Allein daß der Vater auch in einem testamento inter liberos minus solemnium den Kindern gültig Vormünder bestellen könne, ist schon oben §. 1306. S. 217 f. gezeigt worden.

84) Franc. RAGUILLUS in Commentar. ad Constitution. et Decision. Justiniani Lib. V. ad L. ult. Cod. de confirm. tut. pag. 359. hält diese Inscription für unrichtig.

aut curator datus sit, Constitutiones permiserunt, tutores *secundum testatoris voluntatem* datos confirmari.

L. 26. §. 2. D. de testam. tut. PAPINIANUS libro IV. Responsor. Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a Praetore confirmari oportet.

L. 31. D. eodem. SCAEVOLA libro IV. Quaestionum. Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum eius *ruptum* dicatur nato postumo: commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.

Denn so lange das Testament noch nicht für ungültig erklärt worden ist, ist kein Grund vorhanden, warum man von dem Willen des Vaters abgehen, und einen andern Tutor setzen wollte, als den der Vater bestellt hat, da im Zweifel die Vermuthung für das Testament streitet⁸⁵⁾. Die Obrigkeit bestätigt ihn also vor der Hand wenigstens zur Proceßführung. Der Ausgang des Processes wird nun lehren, ob die Tutel gültig bleibt, oder nicht. Wird nämlich für das Testament gesprochen, so bleibt der Vormund ein solcher aus dem Testamente. Wird es aber durch richterliches Erkenntniß rescindirt; so geht auch die väterliche Vormundschaftsbestellung zu Grunde, und die Tutel erhält also jetzt durch das Decret des Prätors ihre Gültigkeit, welche sie aus dem väterlichen Testamente nicht mehr be-

Er meint, es müsse libro IV. Excusationum gelesen werden, und zwar wegen L. 13. §. 12. D. de Excusat. welche ex MODESTINI libro IV. Excusationum genommen ist, und mit jener einerley Inhalt hat.

85) L. 10. D. de inoff. testam.

hauften konnte⁸⁶⁾. Daher sagt Papinian L. 26. §. ult. *D. de testam. tut.* *Eventus iudicatae rei declarabit, utrum ex testamento patris, an ex decreto Praetoris auctoritatem acceperit.*

b) Wenn der Tutor seine Ernennung selbst in dem Testamente geschrieben hat, aber doch aus dem Testamente zu ersehen ist, daß es nicht gegen den Willen des Vaters geschehen sey, und auch sonst dem Vormunde weiter nichts entgegensteht⁸⁷⁾.

§. 1310. c.

Sindet wegen Mangels in der Person des Tutors eine Confirmation Statt?

Unter den *tutores non legitime testamento dati* nennt Modestin in der oben angeführten Stelle⁸⁸⁾ zwar auch diejenigen, *quos non oportet*, und daß dieses auf die subjective Eigenschaft des Vormundes sich beziehe, hat keinen Zweifel; allein hier kann der Mangel der Fähigkeit durch die obrigkeitliche Confirmation nicht immer ergänzt werden. Daher sagt auch Hermogenian⁸⁹⁾, man solle bey der Untersuchung, ob der Tutor auf eine gesetzmäßige

86) *S. Ant. FABRI Jurisprud. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 50. pag. 751. und Jo. van NISSEN Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. VIII. §. Prima. (in Gerh. OELRICHS Thes. Dissertat. iurid. select. in Academ. Belgic. habitat. Vol. I. Tom. I. pag. 71.)*

87) *L. 29. D. de testam. tut. L. 18. §. 1. D. de lege Corn. de falsis. C. §. 1303. C. 164 ff.*

88) *L. 13. §. 2. D. de Excusat.*

89) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

Art bestätigt worden sey, unter andern darauf Rücksicht nehmen, an is detur, cuius dandi facultas erat, welches ohne Zweifel auf den Vormund geht⁹⁰). Nun hat zwar die testamentarische Tutel allerdings das vorzüglich Eigene, daß auch solche Personen zu Vormündern ernannt werden können, welche zur Führung einer Tutel in dem Zustande, worin sie sich befinden, nicht fähig sind, wie z. B. Minderjährige, Wahnsinnige u. d.⁹¹), und die Obrigkeit darf sie nicht schlechterdings verwerfen⁹²); allein eine Confirmation findet hier nicht Statt⁹³). Die Obrigkeit muß in solchen Fällen einen Interims-Vormund setzen, bis das Hinderniß gehoben ist⁹⁴). Eben so wenig kann die Obrigkeit eine Frauensperson⁹⁵), oder eine ungewisse Person⁹⁶), oder einen solchen Vormund confirmiren, dessen Bestellung der Wahl des Erben, oder eines Dritten überlassen worden⁹⁷), und eben so ungültig würde auch

90) S. Jos. FINESTRES et de MONSALVO Hermogenian. ad §. 1. L. 7. cit. §. 6. pag. 541.

91) §. 2. J. Qui testam. tutor. L. 11. D. de tutel. L. 10. §. 3. D. de testam. tut.

92) S. HEINECCI Diss. de suprema Princip. Magistratumque tutela. §. 18. (in Opusculor. varior. Syll. pag. 721.)

93) S. FINESTRES et de MONSALVO c. 1. §. 7. pag. 542.

94) L. 10. §. 7. D. de Excusation.

95) L. 26. pr. D. de testam. tut.

96) MONTANUS Tr. de iure tutelar. et curation. Cap. X. nr. 21. sqq. Man sehe jedoch §. 1301. S. 82. f. und Christ. Gottl. HAUBOLD Opuscul. academ. Vol. I. p. 366.

97) L. 52. pr. D. de hered. instit. L. 43. §. 2. D. de legat. I. S. MONTANUS c. 1. nr. 51. et 52. und HAUBOLD Opusc. academ. a WENCK edit. Vol. I. pag. 366. sq.

die Bestätigung eines solchen Vormundes seyn, der taub und stumm ⁹⁸⁾, oder der nicht erbfähig ist ⁹⁹⁾.

Allein es kann doch zuweilen auch bey einer vom Vater gültig bestellten testamentarischen Tutel eine obrigkeitliche Bestätigung wegen der Eigenschaften des Vormundes nöthig seyn, nämlich wenn sich dieselben unterdessen geändert haben, z. B. der als wohlhabend bestellte Vormund ist nachher verarmt, oder der als Freund ernannte Tutor ward nachher des Testirers Feind; oder dem Testirer waren die Sitten und Gesinnungen des von ihm ernannten Vormundes nicht so bekannt, als sie die Obrigkeit kannte, so daß es nun zweifelhaft ist, ob der Wille des Vaters oder Testirers unter diesen Umständen noch für fortdauernd zu halten sey, und deshalb eine Untersuchung nöthig ist ¹⁰⁰⁾. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 4. D. de testam. tut. MODESTINUS libro VII. Differentiarum. A patre datus, quamvis minus jure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur: nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit: veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.

L. 8. D. de confirm. tut. TRYPHONINUS libro XIV. Disputationum. In confirmando tutore hoc Praetor inquirere debet: an duraverit patris voluntas:

98) *L. 10. §. 1. D. de legitim. tutor.*

99) *L. 21. D. de testam. tut. ULPIANUS Fragm. Tit. XI. §. 16. S. FINESTRES Hermogenian. c. 1. pag. 542. und Ant. FABER Jurispr. Papinian. Tit. XII. Pr. I. Illat. 45.*

100) *S. Jo. van NISPEN Diss. ad Herenn. Modestinum. Cap. VIII. §. Prima. (in OBLICHS Thes. Diss. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. I. pag. 70. sq.)*

quod in facili est, si proximo mortis tempore tutores non iure vel curatores scripserit pater. Nam si ante annos, ut spatio medio potuerit facultatum dati non iure tutoris a patre fieri deminutio, vel morum ante celata vel ignorata emersit improbitas, aut inimicitiae cum patre exarserunt.

§. 1311.

Confirmatio necessaria et voluntaria, cum inquisitione et sine inquisitione. Wenn findet die eine, und wenn die andere Statt?

Die obrigkeitliche Bestätigung geschieht nun entweder aus gesetzlicher Nothwendigkeit, oder freywillig, so daß die Beybehaltung des Tutors bloß von dem Decret der Obrigkeit abhängt, z. B. das Testament des Vaters ist aus Gründen des Civilrechts für schlechterdings ungültig erklärt, oder es ist ungültig geworden, so daß dadurch die testamentarische Tutel mit zu Grunde gegangen ist, oder der Testirer, welcher den Pupillen im Testament zum Erben hätte einsetzen sollen, hat ihm nichts hinterlassen, es war also weder ein Recht noch Grund vorhanden, demselben im Testament einen Vormund zu ernennen. Der Unterschied besteht vorzüglich darin, daß zwar jener, nicht aber dieser der Mutter vorgeht, wenn sie die Tutel übernehmen will¹⁾.

Die Bestätigung geschieht ferner entweder *omnimodo*,

1) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 5. §. 17. et 18. (Vol. II. pag. 54.) J. H. BOEHMER Introd. in ius Dig. Vol. II. h. t. §. 4. und AYRER Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in confirmandis tutorib. §. 12.

d. h. wie es Justinian ²⁾ erklärt, sine inquisitione, wenn die Obrigkeit bey der Bestätigung auf weiter gar nichts Rücksicht nimmt, als auf den Willen des Vaters, ob dieser nämlich noch zur Zeit seines Todes derselbe geblieben, wie er ihn wegen der Vormundschaftsbestellung im Testamente erklärt hat ³⁾; oder sie geschieht *cum inquisitione*, wenn die Obrigkeit nicht bloß darauf Rücksicht nimmt, ob der Wille des Testirers noch zur Zeit seines Todes fortgedauert habe, sondern zugleich die Tüchtigkeit des Vormundes in Absicht auf Sitten und Vermögen untersucht ⁴⁾. Hierher gehört die Stelle aus Modestinus libro I. Excusationum, welche in der L. 21. §. 5. D. de tutoribus et curator datis enthalten ist.

Πρὸς τοῖς λοιποῖς δικαίους δεῖ τὸν ἄρχοντα καὶ τοὺς τρόπους τῶν μελλόντων χειροτονηθῆσεσθαι σκοπεῖν· οὔτε γὰρ οὐσία, οὔτε ἀζίωμα ὅτως ἰκανὸν πρὸς πίστιν, ὡς ἀγαθὴ προαίρεσις, καὶ χρηστοὶ τρόποι.

Diese Stelle, welche der lateinische Ausleger ganz falsch übersetzt hat, lautet nach der richtigern und elegantern Interpretation des Anton Augustinus ⁵⁾ folgendermassen.

2) §. 5. J. de tutel.

3) L. 8. D. h. t. aus Tryphonin, welche schon oben angeführt worden. S. DONELLUS Commentar. Lib. III. Cap. 5. §. 10. 11. et 12.

4) L. 1. §. 2. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de L. Cornel. de falso. S. DONELLUS Lib. III. Cap. 5. §. 13. 14. et 15. und VORST Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin.

5) Ad Modestinum de Excusationib. (in Ev. OTTONIS Thes. Juris Rom. Tom. IV. pag. 1562.)

Inter ceteras causas Magistratum oportet creatorum mores animadvertere: neque enim tam facultates, aut dignitas, apta sunt ad fidem eis habendam, quam vitae institutum decens⁶⁾, et mores probi.

Es entsteht nun die Frage, wenn die Confirmation omnimodo geschehen kann, und wenn sie cum inquisitione geschehen muß? Hugo Donellus⁷⁾ nimmt für die erste Art der Confirmation zwey Fälle an, 1) wenn der Vormund vom Vater ernannt, 2) wenn er von einem Extraneus bestellt worden, der den Pupillen, welcher sonst kein weiteres Vermögen besitzt, zum Erben eingesetzt hat. Allein dieser Meinung widerspricht der Ausspruch des Modestinus libro IV. Excusationum, welcher L. 1. §. 2. D. h. t. sagt:

Καὶ εἴαν μὲν πατὴρ ἢ ὁ δεδωκώς, περαιτέρω οὐδὲν ὡς, ἐπὶ τὸ πλεῖστον πολυπραγμονεῖ ὁ ἡγούμενος, ἀλλ' ἀπλῶς, αὐτὸν βεβαιοῖ. Εἰ δὲ ἄλλος τις, τότε πολυπραγμονεῖ τὸ πρόσωπον, εἰ ἐστὶν ἐπιτήδειον. d. h. nach Augustinus⁸⁾ Uebersetzung: *Et si*

6) Der alte lateinische Interpret hat die Worte: ἀγαθὴ προαίρεσις übersetzt: *bona electio*. Allein offenbar ist hier von dem guten Lebenswandel die Rede. THEOPHILIUS in Paraphr. graec. ad princ. J. de Satisfat. tutor. vel curat. in fin. sagt nach der Uebersetzung von REITZ: *Solet enim Magistratus haec inquirere; an probus sit vita, an locuples, an habeat vitae pignora, id est, liberos, (nam liberos habens novit, quomodo gerere se debeat erga pupillos, quibus loco patris datur:) et an caram habeat, quae ipsum tulit.* Man verbinde damit noch die *Basilica* Tom. IV. pag. 850.

7) Loc. cit. §. 7.

8) Cit. loc. pag. 1560.

quidem pater erat, qui dedit (sc. tutorem), plerumque⁹⁾ non inquirere solet Praeses, sed simpliciter confirmare. Si vero alius, diligenter inquit, an idoneus sit.

Eben dieses bestätigt Modestinus libro VI. *Differentiarum*, wo aus der L. 4. D. de testam. tut. besonders die Worte merkwürdig sind.

Sed et inquiri in eum, qui matris testamento datus est tutor, oportebit: cum a patre datus, quamvis minus iure datus sit, tamen sine inquisitione confirmatur; nisi si causa, propter quam datus videbatur, in eo mutata sit: veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit.

Für den testator extraneus, der den Pupillen zum Erben eingesetzt hat, führt zwar Donellus ¹⁰⁾ die L. 4. D. h. t. an, wo Paulus sagt:

9) Daß *Plerumque*, wofür der alte Interpret ganz unrichtig *amplius* gesetzt hat, deutet unstreitig auf den Fall hin, wenn der Vater einem natürlichen Kinde einen Vormund im Testamente bestellt, und diesem etwas hinterlassen hat. Denn hier wird der Vormund nicht ohne Inquisition confirmirt. L. 7. pr. D. h. t. Viele wollen zwar einen Unterschied machen, ob der Vater dem natürlichen Kinde etwas vermacht hat, oder nicht, und meinen, daß in dem ersten Falle der Vormund sine inquisitione, und nur in dem letzten Falle cum inquisitione zu confirmiren sey. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. et 3. Jo. Gottl. HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. P. IV. h. t. §. 299. Chr. Frid. MÜHLENBRUCH Doctr. Pandectar. Vol. II. §. 317. Allein daß dieser Unterschied einer richtigen Interpretation der angeführten L. 7. nicht entspreche, ist oben §. 1310. 2. S. 266 — 271. ausführlich gezeigt worden.

10) Loc. cit. §. 9.

Si patronus vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis habeat pupillus: non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita dilexit, ut eum heredem institueret.

Er meint daher, daß ob affectum testatoris erga pupillum paterno haud dissimilem der von demselben dem Pupillen im Testament bestellte Vormund ohne Inquisition confirmirt werden könne. Allein das Gegentheil lehrt Papinian *libro IV. Responsorum*, woraus die *L. 28. D. de testam. tut.* genommen ist. In dieser Stelle heißt es §. *ult.*

Impuberi liberto patronus frustra tutorem dabit: sed voluntatem eius, si fides inquisitionis congruat, Praetor sequetur.

Daß hier vorauszusetzen sey, der Patron habe den unmündigen libertus zum Erben eingesetzt, versteht sich von selbst, weil ja nicht einmal die Mutter einem Kinde anders einen Vormund ernennen kann, als wenn sie das selbe zugleich in ihrem Testamente zum Erben einsetzt, wie Modestinus¹¹⁾ lehrt. Nun stellt Paulus in der vom Donellus citirten Stelle dem Patron jeden extraneus gleich, wie die Worte: *vel QUIVIS extraneus* deutlich anzeigen; es folgt also daraus, daß der von einem testator extraneus einem Pupillen im Testament bestellte Vormund anders nicht als cum inquisitione bestätigt werde, wenn er auch den Pupillen zum Erben eingesetzt hat¹²⁾.

11) *L. 4. D. de test. tut.*

12) Man sehe Jac. COJACIUS *Comment. in Lib. V. Respon-*

Die richtigere Meinung der Rechtsgelehrten¹³⁾ ist also wohl die, daß

I. ein von einem rechtmäßigen väterlichen Ascendenten einem emancipirten Kinde gegebener, oder sonst von ihm unregelmäßig ernannter Vormund schlechtthin (omnimodo) zu bestätigen sey, auch wenn das Kind nicht zum Erben eingesetzt worden ist¹⁴⁾, vorausgesetzt, daß nicht unterdessen eine gerechte Ursach eingetreten sey, welche es zweifelhaft macht, ob, bey der eingetretenen Veränderung der Umstände in der Person des Vormundes, der Vater bey seinem Willen werde geblieben seyn, oder nicht. Denn hier kann auch wohl die Obrigkeit von der Verfügung des Vaters wegen vermutheter Willensänderung desselben abgehen¹⁵⁾. Dahingegen

II. der von der Mutter, oder von dem natürlichen Vater, oder auch von jedem Fremden (extraneus) er-

ror. Papiniani ad §. ult. L. 28. D. de testam. tut. (Oper. postum. a FABROTO editor. Tom. I. p. 185. sq.)

13) J. H. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 2. et 3. POTHIER Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. V. — VIII. Jo. Ortow. WESTENBERG Princip. iuris secund. ord. Digestor. h. t. §. 4 — 7. Jul. Frid. MALELANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. ult. §. 659. THIBAUT System des Pandecten Rechts. 1. B. §. 504.

14) L. 4. D. de test. tut. L. 1. §. 2. L. 3. L. 6. D. h. t. §. ult. J. de tutel. L. 2. Cod. h. t. (V. 29.)

15) L. 8. L. 9. et 10. D. h. t. In der L. 9. führt Paulus den Fall an, si cum fisco aliquem contractum damnosum miscuisset sc. tutor. Dahin gehört z. B. wenn derjenige, welchen der Vater zum Vormund seiner Kinder bestellt hat, sich in eine conductio vectigalium eingelassen hat. L. un. C. Ne tutor, vel curator vectigalia conduc. (V. 41.)

nannte Vormund nur dann, wenn das Kind zugleich zum Erben eingesetzt worden, und zwar anders nicht, als nach angestellter Untersuchung über die Tauglichkeit desselben, (cum inquisitione), zu bestätigen ist ¹⁶). In diesem Falle wird nun auch ein Decret der Obrigkeit erfordert, quod Praetor non ante interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronuntiatis tutoribus, wie Papinian L. 5. D. h. t. sagt. Daher rech- net es Hermogenian zu den Erfordernissen einer ex inquisitione gültig geschehenen Confirmation, ut pro tribunali decretum sit interpositum ¹⁷).

Der Unterschied, den die Gesetze hier in Absicht auf die Confirmation zwischen den Vormündern machen, daß nämlich die in dem ersten Falle schlechthin, die in dem letzten Falle aber anders nicht als cum inquisitione von der Obrigkeit bestätigt werden sollen, beruhet unstreitig in dem Rechte der väterlichen Gewalt. Aus diesem Grunde geben die Gesetze nur den rechtmäßigen väterlichen Ascendenten ein Recht, ihren unmündigen Descendenten testamentarische Vormünder zu ernennen. Deswegen kommt es auch bey solchen Ascendenten gar nicht darauf an, ob sie die unmündigen Kinder zu Erben einsetzen, oder nicht, weil der Tutor mehr der Person, als dem Vermögen gegeben wird, und die väterliche Gewalt durch die Enterbung nicht aufgehoben wird. Diese väterliche Gewalt hinterläßt aber auch noch, nach geschעהner Aufhebung derselben, so bedeutende Spuren, daß der Vater im Verhältniß zu den emancipirten Kindern nicht für einen extraneus gehalten werden kann. Denn ihrer nahm sich auch schon der Prätor

16) L. 2. L. 4. L. 5. et 7. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. (V. 29.)

17) L. 7. §. 1. D. h. t. C. Jos. FINESTRES et de MONSALVO Hermogenian. pag. 542. sq.

an, und gab ihnen die *honorum possessio*, wenn sie vom Vater weder eingesetzt, noch förmlich waren enterbt worden. Diese Spuren zeigen sich aber auch hier bey der Bestellung der Vormünder für sie, daß sie *omnimodo*, (*ἀπλῶς*) d. h. sine *inquisitione* bestätigt werden müssen ¹⁸⁾. Denn die Alten haben immer dem Urtheile und der Verfügung eines solchen Testirers, der Gewalt über den Pupillen hatte, ein größeres Gewicht und Vertrauen beygelegt, als der Vormundschaftsbestellung eines jeden andern Testirers. Von einem solchen Testirer sagen die Gesetze ¹⁹⁾: *in rem potius, quam in personam tutorem dare videtur*. Daher muß jeder andere Testirer, der kein rechtmäßiger väterlicher Ascendent des Pupillen ist, auch der natürliche Vater, so wie die Mutter, die unmündigen Kinder zu Erben einsetzen, oder ihnen sonst ein Vermögen hinterlassen, denen sie einen Vormund im Testament bestellen wollen, wenn er von der Obrigkeit confirmirt werden soll. Denn nun erfordert es die Billigkeit, daß der Tutor confirmirt werde, damit der Testirer nicht getäuscht werde, welcher dem Pupillen sein Vermögen vielleicht nicht hinterlassen haben würde, wenn er nicht zugleich für die treue Verwaltung und Erhaltung dieser Güter durch Bestellung eines sichern Vormundes hätte sorgen dürfen ²⁰⁾.

18) §. 5. *J. de tutelis*.

19) *L. 4. D. de testam. tut.*

20) *Œ. Jac. Cujacii Commentar. in Lib. V. Responsor. Papiniani ad L. 6. D. de confirm. tut. (Opp. postum. a FABROTO editor. Tom. I. pag. 188.) Ant. FABRI Jurispr. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 50. pag. 711. sqq. Ger. NoODT Commentar. ad Dig. h. t. §. In matre. (Opp. Tom. II. pag. 544.) Jos. FINESTRAS et de MONSALVO Hermogenian. ad L. 7. D. de confirm.*

Es ist jedoch noch ein Unterschied merkwürdig, den die Gesetze zwischen der Mutter und einem testator extraneus machen. Bey der Mutter kommt es nicht darauf an, ob die Kinder, denen sie in ihrem Testamente einen Vormund ernennt, außer dem Vermögen, welches sie ihnen hinterläßt, auch noch eigenes Vermögen haben, oder nicht. Ein extraneus hingegen kann einem Pupillen nur dann einen Vormund im Testamente ernennen, wenn dieser sonst kein Vermögen besitzt, als was ihm der Testator hinterlassen hat. Paulus macht dieses in den Worten der *L. 4. D. h. t. et extra ea nihil in bonis habeat pupillus*, zur ausdrücklichen Bedingung, unter welcher *non male dicetur, iudicium eius sc. extranei sequendum esse*, welches, wie Anton Faber²¹⁾ bemerkt, den Grund hat: *quia sicut absurdum esset, velle illum dare legem administrationi bonorum, quae aliunde, quam a se, pupillus haberet, ita et illud absurdius, tutorem dari alicui pro bonorum parte duntaxat*. Was jedoch von der Mutter gilt, muß auch wohl von dem natürlichen Vater gelten, weil die Gesetze²²⁾ von diesem weiter nichts fordern, als daß er dem Kinde Etwas hinterlasse, oder sonst zuwende.

Noch pflegen mehrere Rechtsgelehrten²³⁾ bey der obrigkeitlichen Bestätigung *cum inquisitione* zu unters

tut. §. 3. pag. 554. und Herm. VULTEJUS Commentar. in Institut. ad §. 5. J. de tutel. nr. 9. et 10. pag. 106.

21) Cit. loc. pag. 712. Man sehe auch FINESTRES *et de MONSALVO* c. 1. §. 4. pag. 554. sq.

22) *L. 7. D. h. t. L. ult. Cod. eodem.*

23) Jo. VORT Commentar. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 3. et 4. THIBAUT Syst. des Pandecten Rechts I. B. §. 504.

scheiden zwischen derjenigen, welche cum satisfactione, und welche sine satisfactione geschieht. Soviel ist richtig, daß der von einem rechtmäßigen väterlichen Ascendenten bestellte, und von der Obrigkeit ohne Inquisition bestätigte Vormund, auch von der Cautionleistung frey sey. Julian sagt *libro XXI. Digestorum* ²⁴⁾ ausdrücklich: Qui a PATRE tutor scriptus est aut non iusto testamento, aut non ut lege praecipiebatur: confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si ex testamento tutor esset, id est, ut satisfactio ei remittatur; und Justinian führt in seinen Institutionen ²⁵⁾ zum Grunde an: quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est. Allein bey der Confirmation cum inquisitione unterscheidet man folgendermassen.

1) Der von der Mutter, oder dem natürlichen Vater ernannte Vormund, werde zwar cum inquisitione, aber ohne Satisfaction ²⁶⁾;

2) der von andern Personen bestellte Vormund aber werde erst nach vorgängiger Untersuchung und Satisfaction bestätigt, sofern das Kind sonst keine Güter hat ²⁷⁾.

Ist es jedoch wahr, was Justinian in seinen Institutionen ²⁸⁾ sagt: Ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisfactione non onerantur, quia idonei electi sunt; so kann mit einer confirmatio cum inqui-

HUFELAND Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B.
§. 1609.

24) L. 3. D. h. t.

25) Princ. J. de Satisfat. tutor. vel curator. (I. 24.)

26) L. 2. L. 7. L. 11. D. h. t. L. 1. C. eodem.

27) L. 26. §. 2. D. de testam. tut. L. 4. et L. 5. D. h. t.

28) Pr. J. de satisfat. tutor. vel. curator.

sitione keine Satisfaction verbunden seyn. Paulus ²⁹⁾ gedenkt auch der Satisfaction mit keinem Worte da, wo er von dem Falle spricht: *Si patronus, vel quivis extraneus impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit.* Und Papinian *libro XI. Quaestionum* ³⁰⁾ sagt ausdrücklich: *Si curator patronus petatur, fides inquisitionis pro vinculo cedit cautionis.* Daher interponirte auch, wie eben dieser römische Jurist sagt ³¹⁾, der Prätor das Confirmations- Decret nicht eher, quam tutoribus per inquisitionem idoneis pronuntiat. Nun spricht zwar dennoch Papinian von einer Verantwortlichkeit des Magistrats, welcher von den von ihm bestätigten Tutoren Caution bestellen zu lassen unterlassen hatte. Es heißt nämlich in der *L. 5. D. h. t.*

Tutores a patruo testamento datos iussit Praetor magistratus confirmare. Hi cautionem quoque accipere debuerunt: nec voluntas eius, qui tutorem dare non potuit, negligentiam magistratus excusat. — Unde sequitur, ut si tutelae tempore solvendo non fuerunt: in id, quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio discernatur.

Allein es ist daselbst die Rede von Municipal-Obriheiten, welche man *magistratus* schlechtweg, ohne den Zusatz *populi Romani* nannte ³²⁾. Diesen hatte der Prätor aufgetragen, die Vormünder zu bestätigen, welche

29) *L. 4. D. h. t.*

30) *L. 13. in fin. D. de tutorib et curator. datis.*

31) *L. 5. D. h. t.*

32) Tit. Dig. de magistratibus conveniend. (XXVII. 8.)

S. Hugo Lehrb. der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 702. §. 15. der 8. Aufl.

der Vaters Bruder, qui iure tutores dare non potuit, in seinem Testamente bestellt hatte. Daß Municipals-Obriigkeiten das Recht hatten, Vormünder zu bestellen, ist außer Zweifel ³³⁾. Daß ihnen also auch der Auftrag erteilt werden konnte, Tutoren zu bestätigen, ist eben so gewiß. Eine Aufforderung vom Prätor oder Präses war auch hier gewöhnlich ³⁴⁾. Diese Municipals-Obriigkeiten hatten aber nicht die Gewalt, welche die magistratus maiores, der Prätor, oder der Präses der Provinz, hatten. Sie konnten daher solche Geschäfte, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, wie Paulus libro I. ad Edictum ³⁵⁾ sagt, nicht vornehmen, und folglich auch Vormünder ex inquisitione nicht bestellen oder bestätigen, sondern immer nur cum satisfactione, statt daß bey den magistratus maiores, welche ein imperium hatten, die Inquisition die Stelle der Satisfaction vertrat. In dem Falle, von welchem Papinian in der L. 5. spricht, hatten nun die Municipals-Beamten vergessen, von den Tutoren, welche der patruus in seinem Testament bestellt hatte, bey deren Bestätigung die erforderliche Caution leisten zu lassen. Nun fand sich's, daß die Tutoren tutelae tempore, d. h. zur Zeit der geendigten Tutel, nicht solvent waren. Da die magistratus ihre Nachlässigkeit mit nichts zu entschuldigen vermoch-

33) L. 3. D. de tutorib. et curator. datis. L. 2. §. 23. D. ad Sctum Tertyll. S. Frid. Roth de re municipali Romanor. Lib. II. Cap. 3. §. 20. pag. 93.

34) L. 46. §. 6. D. de administrat. et peric. tutor. et curator. L. 1. §. 6. D. de magistrat. conveniend. §. 4. J. de Atiliano tutore. S. Jac. Cujacius Observation. Lib. XV. cap. 19. circa fin.

35) L. 26. D. ad Municipalem. S. Roth c. 1. §. 21.

ten, so hafteten sie billig für den Rechnungs-Defect der Vormünder, und die Klage gegen sie war vollkommen begründet. Mit Recht sagt daher Cujaz³⁶⁾, es sey in Absicht auf Cautionsleistung kein Unterschied, die Confirmation sey ohne, oder mit Inquisition geschehen. Daß Tutoren, welche ex inquisitione bestätigt werden, keine Cautionsleistung leisten dürfen, lehrt auch Hugo Donellus³⁷⁾, und Gerhard Noodt³⁸⁾ hat aus der L. 5. richtig bewiesen, daß die Satisfaction nur den Mangel der Inquisition in dem Falle ersetze, wo sie nöthig war. Es ist daher ein offener Irrthum, wenn einige³⁹⁾ behaupten wollen, beym Vaters-Bruder sey es etwas Besondere, daß wenn derselbe seinem Neffen einen Vormund ernannt hat, dieser nur mit Satisfaction bestätigt werde. Richtiger unterscheiden andere⁴⁰⁾ nach dem Röm. Rechte, zwischen magistratus maiores und minores. Bey dem erstern war die confirmatio ex inquisitione hinreichend, letztere aber konnten nur cum satisfatione confirmiren.

§. 1511. a.

Bleibt der bestätigte Vormund ein testamentarischer, oder ist er für einen Datis-Tutor zu halten?

Es entsteht nun hier noch die sehr bestrittene Frage,

36) Comment. in Libr. XI. Quaestion. Papiniani ad L. 5.

D. de confirm. tut. (*Oper. postum.* Tom. I. p. 511 sqq.)

37) Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 5. §. 18. (Vol. II. edit. Norimb. 1805. 8. pag. 55.)

38) Commentar. ad Dig. h. t. §. Sunt, qui putent. p. 545.

39) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 654.

40) Jo. Ortow. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig.

h. t. §. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. P. II.

h. t. §. 5. HBINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand.

P. IV. §. 299. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II.

Sect. ult. §. 659.

ob ein obrigkeitlich bestätigter Vormund ein testamentarischer bleibe, oder nicht vielmehr durch die Confirmation in einen Dativ-Vormund verwandelt werde? Die Meinungen sind hier sehr verschieden. Nach einigen bleibt der bestätigte Vormund ein testamentarischer ⁴¹⁾. Nach andern ⁴²⁾ wird er zu den Dativ-Vormündern gezählt. Andere ⁴³⁾ nehmen eine aus der testamentarischen und Dativ-Tutel gemischte Art der Vormundschaft an. Noch andere ⁴⁴⁾ unterscheiden, ob der Vormund von einem solchen

- 41) DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 5. §. 17. et 18. MARANUS Paratitl. Digest. h. t. VINNIUS Comment. ad §. 5. J. de tutelis. Hub. GIPHANIUS Antinomiar. iuris civ. s. Disputation. ad Institut. Lib. I. Disp. V. nr. 12. pag. 84. J. H. BOEHMER Introd. in ius Dig. P. II. h. t. §. 4. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. P. IV. §. 300. Car. Frid. WALCH Introd. in contrav. iuris civ. Sect. I. Cap. II. Membr. III. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 655. a. C. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 755. a. C.
- 42) Jac. CUIACIUS Observation. Lib. VII. cap. 7. et ad L. 5. D. h. t. Lib. XI. Quaest. Papin. (*Opp. postum* Tom. I. pag. 311.) Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Jo. VOER Comm. ad Pand. h. t. §. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 6. und THIBAUT Syst. des Pand. R. §. 504. a. C.
- 43) Ger. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Illud quaeritur*. pag. 544. Helfr. ULRIC. HUNNIUS Variar. Resolution. iuris civ. Lib. I. Tract. IV. Quaest. 8. pag. 195 — 196. Corn. van ECK Princip. iuris civ. h. t. §. 2. Henr. de COCCESI Jur. civ. contrav. P. II. h. t. Quaest. un- und von Benning - Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Bd. IV. Buch §. 156.
- 44) Reink. BACHOV Not. et Animadversion. ad *Treutlerum*. Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 2. Lit. D. ad verba: *Et*

Testirer ernannt worden, welcher nach den Gesetzen das Recht hat, einen testamentarischen Vormund zu bestellen, z. B. von einem rechtmäßigen väterlichen Ascendenten, oder ob die Ernennung des Vormundes von einem Andern geschehen sey, dem dieses Recht nach den Gesetzen nicht zustand, z. B. von dem natürlichen Vater des Pupillen, oder von der Mutter, oder von einem extraneus. Im ersten Falle, wo die Confirmation schlechthin geschieht, sey der bestätigte Vormund zu den testamentarischen, in dem letztern aber, wo eine Untersuchung über die Tauglichkeit des Subjectes erfordert wird, sey er zu den Dativ-Vormündern zu rechnen.

Unter diesen so verschiedenen Meinungen verdient unstrittig die erstere, welcher auch die meisten Rechtsgelehrten beystimmen, den Vorzug. Daß der bestätigte Vormund ein testamentarischer bleibt, die Bestätigung sey mit oder ohne vorgängige Untersuchung geschehen, sieht man schon daraus, weil in beyden Fällen gesagt wird: Praetor, qui confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium. So spricht Paulus *libro VII. Quaestionum* ⁴⁵⁾. Den Willen des Testirers muß aber die Obrigkeit bestätigen. Paulus sagt *libro singulari de Excusationibus tutelarum* ⁴⁶⁾ ausdrücklich: *non male dicetur, iudicium eius sequendum esse, qui et personam eius, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita*

hic tutor magis. pag. 407. sq. und Jos. FINESTRES et de MONSALVO in Hermogeniani libros Epitomar. Commentar. ad §. 1. L. 7. D. de confirm. tut. §. 2. — 5. pag. 540. sq.

45) L. 32. D. de excusat. tutor.

46) L. 4. D. h. t.

dilexit, ut eum heredem institueret. Hier ist zwar vom Patron, so wie von jedem andern extraneus die Rede, der den Pupillen zum Erben eingesetzt, und ihm einen Vormund bestellt hat. Dasselbe muß aber noch viel mehr vom Vater gelten, von dem der Kaiser Alexander 47) sagt: *voluntatem patris in constituendis tutoribus et curatoribus a iudice servari solere, ad cuius officium haec res pertinet* 48). Schon die Erklärung des Ausdrucks *confirmare tutorem* setzt die Richtigkeit dieser Meinung ausser Zweifel. Denn *confirmare* heißt in den Gesetzen des Römischen Rechts 49) nichts anders, als eine an sich ungültige Handlung, mit Aufhebung des ihr beywohnenden Fehlers, dergestalt bey Kräften erhalten, als wenn sie auf eine gesetzmäßige Art geschehen wäre 50). Also einen Vormund confirmiren heißt soviel, als eine an sich ungültige Vormundschaftsbestellung, mit Aufhebung des ihr beywohnenden Mangels, erhalten, und dasjenige, was an dem Willen des

47) L. 2. C. h. t.

48) Man vergleiche noch L. 4. D. de testam: tut. L. 1. §. 2. L. 6. D. h. t. woraus zu ersehen ist, daß das solere in der L. 2. C. h. t. für debere genommen werde. S. Christ. Gottl. HAUBOLD Opusc. academ. Vol. I. pag. 366.

49) L. 29. L. 38. D. de adoption. L. 57. §. 1. D. de ritu nupt. L. 38. §. 6. D. ad L. Jul. de adult. S. HBINECCI Diss. de suprema Princip. magistratuumque tutela. §. 20. (Opusculor. varior. Syll. pag. 723.)

50) In dieser Bedeutung wird das Wort *confirmare* auch von den nichtjuristischen Classikern gebraucht. S. z. B. CICERO Orat. ad populum et equites Roman. antequam iret in exilium. Cap. 7. (Opp. CICERO. P. V. p. 5531. edit. VERBURG. Amstel. 1724. 8.) et Orat. pro domo et Pontific. cap. 18. (Opp. P. IV. pag. 2266.)

Testirers, nach Vorschrift der Gesetze, fehlt, dem Willen desselben gemäß, durch obrigkeitliche Auctorität dergestalt ergänzen, als ob die Ernennung des Vormundes im Testamente selbst gültig geschehen wäre⁵¹⁾. Nicht nur Modestinus sagt dieses in den Worten der L. 1. §. 1. h. t. *Constitutiones permiserunt, quod deest, consulari potestate suppleri, et tutores secundum testatoris voluntatem datos confirmari*; sondern auch Julian bestärkt libro XXI. *Digestorum* jene Bedeutung noch deutlicher, wenn er L. 3. D. h. t. sagt: *Qui a patre tutor scriptus est, aut non iusto testamento, aut non ut lege praecipiebatur: confirmandus est ad tutelam gerendam perinde ac si EX TESTAMENTO tutor esset, id est, ut satisfactio ei remittatur*. Ist also nach diesen Gesetzstellen der bestätigte Vormund so anzusehen, als ob er im Testamente gültig zum Vormund wäre ernannt worden, ist er tutor *ex testamento*, so kann er ja nicht tutor *dativus* seyn. Denn *ex testamento patris* und *ex decreto Praetoris auctoritatem accipere* setzt Papinian L. 26. *in fine D. de testam. tut.* einander entgegen. Daher geht auch der bestätigte Vormund dem gesetzlichen vor. Noch mehr aber wird man sich davon überzeugen, wenn man erwägt, daß ein bestätigter Vormund, wenn er sich excusirt, des Vermächtnisses verlustig wird, welches ihm in dem Testamente war hinterlassen worden; von dieser Strafe hingegen wird ein *Dativus Tutor* darum freigesprochen, weil dieser durch die Excusation nicht gegen den Willen des Testirers, als welcher ihn nicht zum Vormund bestellte, gehandelt hat. So respondirte Paulus libro VII. *Quaestionum* nach

51) S. HAUBOLD Diss. de tutore incerto. §. 5. (*Opuscul.* Vol. I. pag. 366.)

der Meinung des Scävola, woraus die merkwürdige L. 32. D. de Excusationib. genommen ist, welche so lautet.

Nesennius Apollinaris JULIO PAULO. Mater filium suum pupillum, vel quivis alius extraneus extraneum aequè pupillum scripsit heredem, et Titio legatum dedit, eumque eidem pupillo tutorem adscripsit. Titius confirmatus excusavit se a tutela. Quaero an legatum amittat? Et quid, si testamento quidem tutor non sit scriptus, legatum tamen acceperit, datusque a Praetore tutor excuset se, an aequè repellendus sit a legato: et an aliquid intersit, si a patre vel emancipato pupillo tutor datus sit, vel puberi curator? Respondi: qui non iure datus sit vel tutor, vel curator a patre, confirmatus a Praetore, excusationis beneficio uti maluit, repellendus est a legato, idque et SCAEVOLAE ⁵²⁾ nostro placuit: *nam et Praetor, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium.* Idem in matris testamento dicendum est.

52) Die Meinung des Scävola ist ausgesprochen in der L. ult. D. h. t. welche aus dessen *Libro XX. Digestorum* genommen ist. Avia nepotibus curatorem dedit, *fideicommisso ei relicto*; quaesitum est, an administrare curator compelli debeat? Respondit, curatorem quidem non esse, sed cum aliquid ei testamento datum esset, teneri eum ex fideicommisso, si non curam susciperet: nisi id, quod ei datum esset, nollet petere, aut reddere esset paratus. Item quaesitum est, an iste curator satisfacere nepotibus debeat? Respondit, quasi curatorem non debere; sed cum fideicommissum ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisfacere debere.

Similis est matri *quivis extraneus*, qui pupillum heredem instituit, eique et in tutore dando prospicere voluit: quales sunt alumni nostri. Recte ergo placuit, eum, qui recusat id onus, quod testator reliquit, ab eo, quod petit, quodque idem dedit, repelli debere.

Hiermit ist noch die *L. 34. D. eodem* zu verbinden, welche aus demselben *libro VII. Quaestionum PAULI* genommen ist, und die Fortsetzung enthält.

Ex eis apparet, non esse his similem eum, quem Praetor tutorem dedit, quum posset uti immunitate: *hic enim nihil contra iudicium fecit testatoris*, nam quem ille non dedit tutorem, eum voluisse tutelam administrare filii, dicere non possumus.

Wie könnte nun der bestätigte Vormund dem Willen des Testirers durch die Excusation zuwider handeln, wenn er nicht tutor ex testamento, sondern dativus wäre? Unde cessat hac in causa illud, sagt daher mit Recht der unsterblich verdiente Haubold ⁵³⁾, quod *argum. L. 3. D. de confirm. tut. vulgo dicitur*, tutores ex inquisitione aut satisfactione confirmatos equiparari dativis; siquidem dativi immunes sunt a poena excusationis, confirmati secus. Und es hat keinen Zweifel, wenn Bachov ⁵⁴⁾ sagt, der bestätigte

53) Diss. Quatenus tutor excusatione usus legatum adscriptum amittat? §. 5. (in *Opuscul. academ.* Vol. I. p. 385.)

54) Ad *Trentlerum* Vol. II. Disput. VIII. Th. 2. Lit. D. pag. 407. Man sehe auch vorzüglich *Jo. God. Krause* Diss. de eo, quod iustum est circa tutelam maternam (*Vitemb.* 1724.) §. 37.

Vormund gehe ohne Unterschied, die Bestätigung sey ex inquisitione geschehen, oder nicht, den gesetzlichen Vormündern, und selbst der Mutter und Großmutter vor. Es erbhellet dieses auch ganz klar aus der Verordnung des Kaisers Justinian *L. ult. C. Quando mulier tutelae officio fungi potest*, (V. 55.) wo es heißt, wenn der Vater seinen natürlichen Kindern in dem Vermögen, welches er ihnen hinterlassen, keinen Vormund gesetzt hat; so soll die Mutter zur Vormundschaft derselben, wenn sie solche übernehmen will, auf gleiche Art, wie bey ehelichen Kindern, zugelassen werden. Der testamentarische Vormund würde also die Mutter ausschließen. Daß aber ein solcher Vormund von der Obrigkeit bestätigt werden müßte, sagt Justinian selbst *L. ult. C. h. t.* und *Nov. LXXXIX. Cap. 14.* Daher spricht auch Justinian in der *Nov. CXVIII. Cap. 5.* ganz allgemein: *testamentariis solum tutoribus eas praecedentibus*, ohne zwischen bestätigten und nicht bestätigten Vormündern einen Unterschied zu machen; und fügt den Grund hinzu: *Nam defuncti voluntatem electionemque praeferri volumus.* Diesen Willen erhält ja aber die Obrigkeit durch die Bestätigung des Vormunds bey Kräften. Daher sind auch wohl die Titel der Pandecten und des Codex de confirmando tutore dem Titel de testamentaria tutela als Ergänzung angehängt, und den Titeln de legitimis und de dativis tutoribus vorgesezt, zum Beweis, daß die bestätigten Tutoren zu keinen der beyden letzteren gehören. Unser Hellfeld nennt sie *tutores quasi testamentarii*, und Joh. Ortwin Westenberg ⁵⁵⁾ lehrt in seinen Pandecten, daß die obrigkeitlich bestätigte Tutel eher eine *testamentaria impropria*, oder *Quasi talis*, als *dativa* zu nennen sey.

55) Princip. iuris sec. ord. Digest. s. Pand. h. t. §. 3.

Wenn wir jedoch die bestätigten Vormünder zu den testamentarischen rechnen, so setzen wir voraus, daß ihre Bestätigung in einer rechtlichen Nothwendigkeit beruhe, (*confirmatio necessaria*) und dem Willen des Testirers gemäß erfolgen mußte. Denn ein solcher Vormund, den die Obrigkeit aus eigener freier Willführ confirmirt hat, ohne daß eine rechtliche Nothwendigkeit dazu vorhanden war, und wo sie auch eben so gut, mit Uebergehung desselben, einen andern Vormund hätte setzen können, ist für einen bloßen *Dativ-Tutor* zu haben ⁵⁶). Dahin gehört z. B. der Fall, wenn das Testament, worin der Tutor ernannt worden ist, durch richterliches Urtheil, seinem ganzen Inhalte nach, aufgehoben worden, oder wenn Niemand aus demselben die Erbschaft angetreten hat, so daß es mit allem, was darin verordnet worden, zu Grunde gegangen ist ⁵⁷); oder wenn das Testament durch die Agnation eines *postumus* rumpirt worden ist ⁵⁸). Hier kann zwar die Obrigkeit dennoch den vom Vater im Testament ernannten Vormund, wegen der für ihn streitenden günstigen Meinung des Vaters, bestätigen, und *Scävola* ⁵⁹) hält dieses auch für *commo-*
dissimum; aber eine rechtliche Nothwendigkeit erfordert dieses nicht ⁶⁰). In diesem Falle ist es wahr, wenn Pa-

56) G. VINNIUS *Comm. ad §. 5. J. de tutelis in fin.*

57) *L. 9. D. de testam. tut.*

58) *L. 31. D. eodem. L. 58. §. 2. D. de administrat. et peric. tutor.*

59) *L. 31. cit.*

60) Von einem solchen Falle einer mit dem Testamente zu Grunde gegangenen Tutel ist auch wohl, seinem Inhalte nach, die *L. 3. C. h. t.* zu verstehen.

pinian ⁶¹⁾ sagt, es komme, wenn in einem Falle, wo über die Gültigkeit des Testaments gestritten wird, und der Vormund vor der Hand zur Führung des Processes bestätigt worden, auf den Ausgang des Processes an, *utrum tutor ex testamento patris, an ex decreto Praetoris auctoritatem acceperit.*

§. 1311. b.

Wirkung der obrigkeitlichen Bestätigung nach dem Röm. Rechte.

Erst mit erfolgter Confirmation tritt nun zwar bey einer unvollkommenen testamentarischen Vormundschaft die Verbindlichkeit zur Uebernehmung derselben ein, und die Delation wird dadurch vollkommen. Von dieser Zeit an beginnt auch erst das *periculum*, d. h. die Verantwortlichkeit wegen vernachlässigter Administration. Solange also das Confirmations-Decret nicht ertheilt ist, und der Tutor noch keine Wissenschaft davon erhalten hat, braucht er sich in die Verwaltung der Tutel nicht einzumischen. Hat er es dennoch gethan, so hat wegen dessen, was er vor der Confirmation verwaltet hat, nicht die *actio tutelae*, sondern die *actio negotiorum gestorum*, oder die *protutelae actio* Statt. Einer Nachlässigkeit hätte er sich jedoch im Unterlassungsfalle nicht schuldig gemacht, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 40. D. de administr. et periculo tutor. et curator.
 PAPINIANUS libro VI. Responsorum. Impuberi filio centurio curatorem dedit. Decreto Praetoris non secuto, si nihil curator datus administret: periculo contumaciae vel negligentiae non adstringetur.

61) *L. 26. §. ult. D. eodem.*

L. 58. §. 2. D. eodem tit. SCAEVOLA libro IX. Digestorum. Testamento dati tutores, quod ruptum videbatur, cessaverunt in administratione tutelae: et a Praeside tutor datus est pupillo. Jussi autem sunt etiam hi, qui dati erant testamento tutores, tutelam administrare, coniuncto eo, qui a Praeside datus, coeperat administrare⁶²⁾. Quaesitum est, ad ex testamento datos periculum antecedentis temporis administrationis, utrum ex apertis tabulis, an ex quo iussi sunt, pertineat ad eos*)? Respondit, ad eos, de quibus quaereretur, nullum antecedentis temporis periculum pertinere.

L. 1. C. de testam. tut. Imp. SEVERUS et ANTONINUS. Quem dicis tibi tutorem in testamento patronae datum, si administrationi se non immiscuit, nulla actione tibi tenetur: neque enim iure datus tutor fuit. Quod si administraverit sponte res tuas, experiri adversus eum *actione negotiorum gestororum* potes.

L. 4. C. eodem. Imp. ALEXANDER. Mater te-

62) Denn der vom Richter, vor erlangter Kenntniß einer andern Bestellung, ernannte Vormund behält sein Amt, wie aus L. 3. C. h. t. erhellet, wo Kaiser Alexander rescribirt: Si, (ut proponis) pupillo, cuius meministi, pater inutiliter testamento tutores dedit, et, priusquam hi confirmarentur, alii ab eo, cuius interest, (oder wie NoODT Comm. ad Dig. h. t. §. Illud quaeritur lesen will: cuius iurisdictio est,) dati sunt, id quidem, quod iure gestum est, revocari non potest. An autem, qui iudicium patris habent, curatores eidem pupillo constitui debeant, aditus competens iudex perspectis utilitatibus eius aestimabit.

*) S. BRENKMANN Not. 98. der Gebauer. Ausg.

stamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tutor a Praesidibus confirmari. Nullo vero ex his interveniente, si res pupillares, qui dati sunt, administraverint: *protutelaē actione* tenentur.

Es fangen ferner bey einem confirmirten Vormunde die zur Excusation bestimmten Zeiten erst von da zu laufen an, da die Confirmation erfolgt war.

L. 1. C. h. t. ALEXANDER A. Testamento matris tutores dati, *excusare se necesse non habent, nisi decreto secundum voluntatem defunctae, et quidem inquisitione habita, dati fuerint.*

L. 2. C. eodem. IDEM A. Neque per epistolam, neque ex imperfecto testamento tutorem recte dari, indubitati iuris est. Sed voluntas patris in constituendis tutoribus, vel curatoribus in huiusmodi casibus a iudice, ad cuius officium haec res pertinet, servari solet. *Secundum quae vereri non debes, ne tempus, antequam confirmareris, tibi cesserit.*

Dieses hat nun zwar die bestätigte testamentarische Tutel mit der dativa allerdings gemein⁶³⁾; dieß kann aber die Natur derselben nicht ändern, da es bloß rechtliche Folge der Confirmation ist, wie Julian selbst L. 3. D. h. t. sagt.

63) S. Schwegge römisches Privatrecht §. 735. a. C. und von Wening Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. B. IV. Buch. §. 156.

§. 1312.

Bestätigung der Vormünder nach deutschen Rechten.

Das deutsche Recht weicht von den Grundsätzen des Römischen Rechts darin ab, daß nicht bloß testamentarische Vormünder, welche nicht auf eine vollkommen gesetzliche Art ernannt worden sind, sondern alle Vormünder ohne Ausnahme, also auch die testamentarischen, wenn gleich ihre Ernennung von einem väterlichen Ascendenten auf eine nach den Vorschriften des Römischen Rechts vollkommen gültige Art geschehen ist, so wie die gesetzlichen Vormünder, welche nach dem Röm. Rechte eigentlich keiner obrigkeitlichen Bestätigung bedürfen, nach Vorschrift der deutschen Reichsgesetze ⁶⁴⁾ durch ein Decret der competenten Obrigkeit, und zwar nach vorgängiger Untersuchung, bestätigt werden müssen. Man nennt dieß die Vormundschaftsbestätigung nach deutschem Rechte ⁶⁵⁾, (*confirmatio germanica, seu ex iure Germanico*), welche sich auf das Recht der Obervormundschaft gründet, und immer mit einer Untersuchung über die Fähigkeit des Vormundes und die demselben etwa ent-

64) Reichs-Policey-Ordn. vom J. 1548. Tit. XXXI. §. 2. und vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 2. (in der neuen Samml. der Reichs-Abschiede. Frankf. a. M. 1747f. 2. Th. S. 603. und 3. Th. S. 394.)

65) S. von Lyncker Abhandl. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 11. S. 27. f. HAINCCIVS de suprema Principum Magistratumque tutela §. 21 sqq. (*Opusc. varior. Syll. Exerc. XIX. pag. 724. sqq.*) von WERNING, Jagenheim Lehrbuch des Civilrechts a. a. O. S. 147. und WITTERMAYER Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts 2. Abth. §. 369.

gegen stehenden Hindernisse verbunden ist ⁶⁶⁾. Es ist wohl unstreitig eine ganz unrichtige Ansicht ⁶⁷⁾, wenn man diese deutsche Vormundschaftsbestätigung so hat nehmen wollen, als ob dadurch der römisch-rechtliche Unterschied der Vormünder aufgelöst sey, und also in Deutschland nur eine Art der Vormundschaft gelte, die Dativ- oder obrigkeitlich bestellte Vormundschaft. Nein, auf den Grund des Anfalls der Vormundschaft hat sie keinen Einfluß, sie ist nur dazu nöthig, um die Tutel verwalten zu können. Denn solange der Vormund nicht von der zuständigen Obrigkeit mittelst eines Decrets, welches man *tutorium* oder *curatorium* zu nennen pflegt, bestätigt worden ist, darf er sich in die Verwaltung der Vormundschaft nicht einmischen, sonst handelt er nichtig, es müßte denn entweder Abwendung einer Gefahr von dem Vermögen des Pupillen, oder Gewährung eines bedeutenden Vortheils dieses voreilige Eingreifen entschuldigen ⁶⁸⁾. In den angeführten Reichsgesetzen ⁶⁹⁾ heißt es ausdrücklich:

66) S. von Lynker a. a. D. §. 12. und Adolph Diet. Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. S. 182.

67) Jo. Pet. de Ludewig Different. iur. R. et G. in tutel. testamentaria et legitima. Diff. XII. not. tt. (in *Opusc. miscellan.* Tom. II. pag. 1107.) und Desselben Different. J. R. et G. in tutela Attiliana. Diff. 2. (*Opusc.* pag. 1166.) HBINCOIUS Exercit. cit. §. 22. (*Opusc.* pag. 725. sq.) von Lynker angef. Abhandlung. 1. Th. §. 11. S. 28. Man sehe dagegen Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 49. et 50.

68) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 4. von Lynker a. a. D. §. 11. S. 29. und AYARA cit. Diss. §. 18. in fin.

69) Daß aber die obrigkeitliche Bestätigung der Vormünder nach deutschen Rechten viel älter sey, und daß sich davon

„Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments weiß verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen.“

Von dem Rechte zur Verwaltung unterscheide man aber das Recht des Anfalls, dieses entsteht nicht bloß aus einem Decret der Obrigkeit, sondern kann auch noch jetzt aus einem Testamente, oder aus den Gesetzen, ja sogar aus Verträgen entweder mit dem Vater, oder auch aus Familien-Verträgen entstehen. Dieses Recht zur Tutel wird auch selbst in den angeführten Reichsgesetzen anerkannt. Denn in der Reichs-Polizey-Ordnung vom J. 1577. §. 1. wird verordnet:

„daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten, oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angebohrne Freund und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollen, oder dazu tüglich und geschickt wären, gegeben werden sollen.“

Man sieht hieraus, daß das in jener Stelle des Gesetzes verordnete Decerniren und Befehlen, wodurch sich die heutige obrigkeitliche Bestätigung des Vormundes

schon deutliche Spuren bey Marculf, ferner in den Gesetzen der Westgothen, der Longobarden, und in der Glosse des Sächsischen Weichbildes finden, hat SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXVII. §. 63. sq. gezeigt.

auspricht, nicht die Bestellung des Vormundes selbst ist. Nein, diese geschieht, wie das Gesetz sagt, durch Testament, Gesetz, oder durch den Richter ⁷⁰⁾.

Der vertragmäßigen Vormundschaft geschieht zwar hier keine Erwähnung; allein es ist schon oben gezeigt worden, daß sie deutschen Ursprungs sey. Sie muß daher so gut, wie jede andere Vormundschaft, durch ein Decret der Obrigkeit bestätigt werden ⁷¹⁾.

Auch noch jetzt unterscheidet man also die verschiedenen Arten der Vormundschaften nach dem Grunde der Delation ⁷²⁾. Diese begründet ein Recht zur Tutel, welches noch jetzt der Richter anzuerkennen hat. Die Obrigkeit darf daher einen testamentarischen, oder gesetzlichen, oder vertrag-

70) S. das Archiv für die civilistische Praxis von Gensler, Mittermayer und Schweizer. 1. Band. Nr. XXVII. S. 400. f.

71) S. Aug. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXVIII. medit. 20. AYERER Diss. de differentiis iuris Rom. et Germ. in confirmandis tutoribus. §. 15. de SELCHOW Elem. iuris German. priv. hod. §. 515. und Christ. Gottl. HAUBOLD ad Bergeri Oecon. iuris Tom. I. pag. 170. Not. a.

72) S. Mich. GRASSUS Collation. iuris civ. Rom. cum Recessib. Imp. Rom. Germ. Sect. I. §. 7. pag. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. VII. §. 3. Jo. Henr. de BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. 2. pag. 171. edit. Haubold. Eiusd. Resolution. Legg. obstantium. h. t. pag. 564. sq. J. H. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 649. THIBAUT Syst. des P. R. 1. B. §. 515. und Schmalz Lehrb. des teutschen Privatrechts. §. 505.

mäßigen Vormund nicht nach Gefallen übergehen oder zurückweisen, und einen andern bestellen, sondern sie muß ihn bestätigen, wenn sie keinen erheblichen Grund hat, ihm die Bestätigung zu versagen ⁷³⁾. Nur die Ausübung dieses Rechts, die Uebernehmung der Vormundschaft, hängt von der Bestätigung ab. Diese Bestätigung ist also vollendet, sobald die Obrigkeit den Vormund durch das *tutorium* zur Thätigkeit ermächtigt ⁷⁴⁾.

Da die deutschen Reichsgesetze den Vormündern nur bloß verbieten sich der Vormundschaft zu unterziehen, bevor ihnen die Verwaltung durch ein Decret der zuständigen Obrigkeit übertragen worden ist; so behaupten mehrere Rechtsgelehrten ⁷⁵⁾, daß *tutores honorarii* so wenig, als tuto-

73) S. Rudw. Jul. Fried. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 185. und Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 7. Bd. §. 627. lit. A.

74) Senkler behauptet jedoch im Archiv für die civilistische Praxis 1. B. Nr. XXVII. S. 401. daß die Obrigkeit ihre Genehmigung auch stillschweigend durch Connivenz und positive Facta ausdrücken könne. Z. B. Sie ließ geschehen, daß sich der von dem Vater des Pupillen ernannte Vormund unter ihren Augen als Vormund gerirte, ließ sich auch von demselben Rechnung stellen. Dieses könne die Stelle des Decernirens und Befehlens vertreten. Das Gesetz gedenke wenigstens der Förmlichkeit eines schriftlichen Decrets mit keinem Worte. Allein sollte nicht schon das Decerniren auf eine Form hindeuten? Es muß ja auch die Bestätigung *praevia inquisitione* geschehen, und wie unsicher würde hier der Anfang der Hypothek des Pupillen seyn? Eine seit langer Zeit geführte Verwaltung soll jedoch wenigstens die Vermuthung begründen, *tutori legitime decretam fuisse administrationem*. S. STRYK *Us. mod. h. t.* §. 17.

75) LAUTERBACH *Diss. de honorario tutore*. Cap. III. §. 31.

res notitiae causa dati, einer obrigkeitlichen Bestätigung bedürften, weil sie an der wirklichen Verwaltung der Vormundschaft keinen Theil nähmen. Allein diese Meinung ist mit Grund zu verwerfen ⁷⁶⁾. Denn beyde sind wahre Vormünder, welche eben so, wie die administrirenden Vormünder, durch Testament, Gesetz, Verfügung der Obrigkeit, und h. z. L. auch durch Vertrag entstehen können ⁷⁷⁾. Beyde haften dem Pupillen, wenn sie ihr Amt nicht treu verwalteten, und zwar erstere in subsidium, wenn sie es an sorgfältiger Aufsicht über die verwaltenden Vormünder haben mangeln lassen ⁷⁸⁾; letztere sogar zunächst, wenn sie die gerirenden Vormünder in solchen Angelegenheiten des Mündels, von denen sie hinlängliche Kenntniß hatten, mit Rath und Belehrung zu unterstützen unterließen ⁷⁹⁾, von denen daher Paulus ⁸⁰⁾ sagt: eos propter rerum notitiam perinde in omnibus administrationis iure conveniri posse, atque ceteros tutores, qui eodem testamento dati sunt. Wie könnten nun diese rechtlich belangt werden,

STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. J. H. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 6. und AYRER Diss. cit. §. 15.

76) S. Augustin. a LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXIX. Corol. 2 pag. 475. von Lynfer von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 23. MUNZ Diss. de auctoritate tutoris honorarii. §. XIX. Danz Handbuch des heut. deutschen Privatrechts. 7. Bd. §. 624. Nr. V. S. 147.

77) S. §. 1304. S. 178. und von Benning, Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Band. IV. Buch. §. 147.

78) L. 3. §. 2. D. de administr. tutor.

79) L. 1. Cod. de peric. tutor. et curat. (V. 38.)

80) L. 31. §. 1. D. de testam. tut. S. oben §. 1304. S. 193.

wenn sie nicht obrigkeitlich bestätigt worden, da sich nach ausdrücklicher Vorschrift jener deutschen Reichsgesetze kein Vormund der Vormundschaft, ohne zuvor erhaltenes Decret der Obrigkeit, unterziehen soll?

Aus allem erhellet nun soviel, daß die *confirmatio tutorum* nach unsern deutschen Rechten einen ausgedehntern Begriff hat, als nach dem Röm. Rechte. Sie ist bey uns eine Verfügung der Obrigkeit, wodurch ein Vormund zur Führung der Vormundschaft, nach vorhergehender Untersuchung, mittelst eines Decrets, autorisirt wird⁸¹⁾. Die bloße Vorzeigung eines Testaments, oder Vertrags, mittelst dessen Jemand zum Vormund bestellt worden, reicht zur Legitimation eines Vormundes eben so wenig hin, als die bloße Berufung auf das Verwandtschaftsrecht, sie kann nur durch das obrigkeitliche Confirmations-Decret, — *Tutorium* — bewirkt werden⁸²⁾. Das bloße Ansuchen um die Bestätigung, bey der *tutela testamentaria*, oder *pactitia*, oder *legitima*, ist also noch nicht hinlänglich, um sich der Vormundschaftsverwaltung wirklich unterziehen zu können; nein, es muß die Confirmation selbst, durch Ausfertigung des erforderlichen *tutorii* oder *curatorii*, wirklich erfolgt seyn⁸³⁾.

81) S. Webers Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. h. t. Ad. 2. S. 182.

82) LAUTERBACH colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 6. BERGER Oecon. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 2. pag. 171. edit. Haubold. LEYSER Meditation. Vol. V. Specim. CCCXXX. medit. 3. und Dan; im angeführten Handbuche. 7. B. §. 627. A. S. 155.

83) S. von Preittmayr's Anmerkungen zum Cod. Maxim. Bav. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 9. S. 427.

Nach der Strenge des Rechts kann zwar, bis zur erfolgten wirklichen Bestätigung, der zur Verwaltung schreitende Vormund nur als Protutor behandelt werden. Daher findet wegen dessen, was der Vormund gerirt hat, gegen ihn nicht die *actio tutelae*, sondern *protutelae* statt ⁸⁴). Man wird aber auf diesem Wege zu dem nämlichen Ziele gelangen, weil nach dem Römischen Rechte die Protutoren und wahre Tutoren in Ansehung der Verbindlichkeits-Verhältnisse, welche in dem Reichsgesetz nicht abgeändert sind, einander gleichstehen, ja der noch nicht bestätigte, aber durch Testament, oder Gesetz berufene Vormund, dem *verus tutor* noch weit näher ist, als der Protutor ⁸⁵).

§. 1312. a.

Findet noch jetzt ein Unterschied zwischen einer vollkommenen und unvollkommenen testamentarischen Vormundschaft Statt?

Wenn unser Hellfeld lehrt, daß zwischen einem *tutor testamentarius legitime* und *minus legitime datus* in Ansehung der Confirmation kein Unterschied Statt finde; so hat Samuel Stryk ⁸⁶) schon längst das Gegentheil gezeigt. Der Unterschied zeigt sich noch jetzt besonders darin, 1) daß der nicht gültig ernannte testamentarische Vormund nicht verbunden ist, um seine Bestätigung bey der Obrigkeit zu bitten; dahingegen die *tutores legitime*

84) L. 1. L. 4. C. de testam. tut.

85) S. Archiv für die civilistische Praxis. 1. B. S. 399.

86) Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 7. vorzüglich aber Höpfner im Commentar über die Heinecciusischen Institutionen. §. 185. Not. 4.

testamento dati, eben so, wie die tutores legitimi, um ihre Bestätigung nachsuchen müssen, sobald sie erfahren haben, daß ihnen die Vormundschaft deferirt worden sey, sonst haften sie für allen dem Pupillen aus der Zögerung erwachsenen Schaden⁸⁷⁾. 2) Der tutor testam. imperfecte datus, ist weder befugt noch verbunden, sich einiger Verwaltung zu unterziehen, und steht für keinen Schaden, wenn er sich auch gar nicht gemeldet hat; die Verantwortlichkeit desselben beginnt erst mit der Confirmation⁸⁸⁾. Allein der vollkommen ernannte testamentarische Vormund, so wie auch der gesetzliche, müssen sich auch noch vor der Confirmation solchen Geschäften unterziehen, wo Gefahr bey dem Verzuge ist⁸⁹⁾. 3) In den angeführten deutschen Reichsgesetzen ist zwar keine Zeit bestimmt, binnen welcher die Excusationen anzuführen sind, es muß aber doch

87) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. nr. VII. pag. 444. et §. 11. pag. 458. und AYRER Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in confirmandis tutoribus. §. 20. Aenderer Meinung ist jedoch Jo. Pet. de LUDWIG in Diss. de different. iuris Rom. et Germ. in tutela Attiliana. Diff. 3. not. xx.

88) L. 58. §. 2. D. de admin. et peric. tutor. et curat.

89) STRYK c. 1. §. 5. nr. III. pag. 443. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 5. AYRER cit. Diss. §. 18. THIBAUT System des Pand. Rechts. 1. B. §. 515. Es ist dieses auch der L. 7. pr. et §. 1. D. de admin. tutor. et curator. gemäß. Das Römische Recht aber, als Hülfrecht, bleibt für alle die Verhältnisse gültig, welche durch die Reichsgesetze nicht näher bestimmt sind, weil derogirende Gesetze streng zu erklären sind. S. Gensler in dem Archiv für die civilist. Praxis. 1. B. Nr. XXVII. Not. 7. S. 398.

noch vor der obrigkeitlichen Bestätigung geschehen⁹⁰⁾, da, hingegen laufen die Zeitfristen bey der tutela testamentaria imperfecta nach dem Römischen Recht nicht vor erfolgter Confirmation. Die Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Confirmation kann übrigens dem Vormunde auch selbst nicht vom Vater in seinem Testamente erlassen werden⁹¹⁾. Nemo enim cavere potest, ne leges in suo testamento locum habeant⁹²⁾. Denn die Absicht der reichsgesetzlichen Vorschrift ist, die Sicherheit der Unmündigen und Minderjährigen durch die obrigkeitliche Bestätigung zu verstärken⁹³⁾.

90) STRYK c. l. §. 5. Nr. V. et VI. pag. 444. AXER cit. Diss. §. 22.

91) STRYK c. l. §. 15.

92) L. 55. D. de legat. I.

93) Diese Absicht ist in dem Reichsgesetz von Jahr 1577. Tit. 32. §. 1. klar ausgesprochen.

Lib. XXVI. Tit. IV.

De legitimis tutoribus.

§. 1313.

Verschiedene Bedeutung von tutela legitima.

Der Ausdruck *tutela legitima* wird zuweilen in einer so weiten Bedeutung genommen, daß auch die testamentarische Tutel darunter begriffen ist ⁹⁴⁾. Gerade so, wie man mit Ulpian ⁹⁵⁾ von einer *hereditas, quae ex testamento defertur*, sagen kann, *lege obvenire hereditatem, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*; eben so kann man die *tutela testamentaria* eine *legitima* nennen, quia testamento nominatim tutores dati confirmantur *lege duodecim tabularum*, wie derselbe Ulpian ⁹⁶⁾ sagt. Mit Recht setzte daher auch Servius ⁹⁷⁾ bey seinem Bes

94) S. Ger. Nooodt Comm. ad Dig. h. t. Princ.

95) L. 130. D. de Verbor. Signif.

96) Fragm. Tit. XI. §. 14. (in Hugo iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 37.)

97) L. 1. D. de tutelis.

griff von der Tutel das Genus in einer *vis ac potestas iure civili data ac permissa*. Noch einen Beweis bietet eine Constitution der Kaiser Valentinian, Theodos und Arcadius dar, worin verordnet ist, *ut mulier, si aetate maior est, tum demum petendae tutelae ius habeat, cum tutor legitimus defuerit*. So lauten die Worte im Theodosianischen Codex⁹⁸⁾. Daß aber unter dem *tutor legitimus* auch der testamentarische Vormund fogut, wie der eigentliche gesetzliche, begriffen seyn sollte, ergibt sich aus der Interpolation dieser Constitution im Justinian. Codex⁹⁹⁾, wo die Worte so lauten: *quum tutor vel testamentarius, vel legitimus defuerit*¹⁰⁰⁾. In dieser weiten Bedeutung unterscheidet sich die testamentarische Tutel von der eigentlichen *legitima tutela* darin, daß bey jener das Gesetz dem Vater das Recht giebt, einen Tutor für seine unmündigen Kinder zu ernennen, dahingegen bey dieser das Gesetz den Vormund selbst ernennet. Hieraus entsteht nun der Begriff von der *legitima tutela*, insofern sie eine besondere, von der testamentarischen unterschiedene, Art der Vormundschaft bildet. Unter dieser gesetzlichen Tutel, von welcher wir hier handeln, wird nun also überhaupt diejenige Vormundschaft verstanden, welche, ohne daß sie von Jemandem bestellt, durch irgend eine *lex*, überhaupt durch das Civilrecht, unmittelbar über-

98) Lib. III. Tit. 17. Const. 4. §. Codic. Theodosiani libri V. prior. recogn. a Car. Frid. Christ. WENCK. Lipsiae 1825. pag. 185.

99) L. 2. C. Quando mulier tutelae officio fungi potest (V. 35.)

100) Man vergleiche Jac. GOTHOFREDI Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. de tutorib. et curatorib. creand. Tom. I. pag. 363. edit. Ritter.

tragen wird ¹⁾. In dieser Bedeutung sagt Ulpian ²⁾: *Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt*; gerade so wie Paulus ³⁾ von den testamentarischen Vormündern sagt: *a testatore protinus proficiscuntur, simulatque aliquis heres extitisset*. Daher konnte auch der testamentarische Tutor von dem Testirer nicht anders als direct, keinesweges aber per fideicommissum heredis bestellt werden ⁴⁾. Schon die Worte: *ex lege aliqua* deuten an, daß Ulpian darunter nicht bloß die *lex duodecim tabularum* versteht, sondern auch jedes andere römische Gesetz, es sey ein geschriebenes, oder nicht geschriebenes, ein Plebiscitum, oder Senatusconsultum, oder *Populi mos*, oder *Constitutio Principis*, oder durch *interpretatio Prudentum* entstanden ⁵⁾. Auf die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten, wodurch das

1) S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte, und Rechtsalterthümer. §. 424. der 2. Ausg. und Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 1.

2) *Fragm. Tit. XI. §. 3.*

3) *L. 7. D. de testam. tut.*

4) GAIUS *Institut. Comm. II. §. 289.* und *L. 1. §. 1. D. de confirm. tut.* Man sehe oben §. 1505. S. 212 f. und *Ant. FABRI Jurisprud. Papinian. Scientia. Tit. XII. Princ. I. Illat. 37. pag. 720.*

5) S. CUVACIUS *Paratitl. in libr. V. Cod. Tit. 30. de legitima tutela.* In dieser Bedeutung sagt auch Paulus *L. 6. D. de pactis: LEGITIMA CONVENTIO est, quae lege aliqua confirmatur, et ideo interdum ex pacto actio nascitur; — quotiens lege vel Senatusconsulto adiuvatur.* S. *Jac. CUVACII Comment. in libr. III. Pauli ad Edictum. (Opp. postamor. a FABROTO editor. Tom. II. pag. 52. sq.)*

ius gebildet worden ist, welches, wie Pomponius 6) sagt: *communi nomine ius civile* genennt wurde, und wovon die Römischen Juristen *iuris conditores* 7), und *auctores iuris* 8) benennt werden, deutet unstreitig Ulpian 9) hin, wenn er *libro III. ad Edictum* sagt: *Verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis* 10). In der eigentlichen und eminentern Bedeutung wird aber diejenige Art der Vormundschaft *legitima tutela* genennt, welche die Gesetze der zwölf Tafeln den Agnaten des Pupillen auftragen. Ulpian 11) sagt: *Per eminentiam autem legitimi tutores dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum*

6) L. 2. §. 5. D. de orig. iuris.

7) L. 25. C. de procuratorib.

8) L. 17. D. de iure patronat. L. 3. D. Si pars heredit. petat. L. 59. D. de action. emti vent. S. Jac. RAVARDUS de auctoritate Prudentum. Cap. 14. (Opp. Tom. II. pag. 919. sq.)

9) L. 6. §. 1. D. de Verb. Signific. S. GODDARDUS Comment. in Tit. 16. Libri L. Dig. ad h. L.

10) Ein edictum Praetoris, quo fiat tutor, existirt nicht, wie Jac. CUVACIUS Paratitl. in libr. V. Tit. 30. Cod. h. t. bemerkt. Der Prätor gab zwar den Cognaten die *honorum possessio*, mittelst welcher sie zur Erbfolge gelangten; allein zur Tutel rief er sie nicht, weil nur die *hereditas ab intestato*, als ein civilrechtliches Institut, nicht aber die *Bonorum possessio*, auf die ganz civilrechtliche Tutel von Einfluß seyn konnte, und überdem dem Prätor nur darum zu thun war, die Härte des Civilrechts zu mildern, aber nicht die Last der Tutel zu erweitern. S. Ulr. HUBER Digress. Justinian. Lib. III. Cap. 6. §. 1. pag. 184. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer. §. 424.

11) Fragm. Tit. XI. §. 3.

introducuntur. Hierauf bezieht sich auch, wenn Ulpian *libro XXXV. ad Edictum* ¹²⁾ sagt: *Legitimos tutores nemo dat: sed lex duodecim tabularum fecit tutores.* Die Worte des Gesetzes der XII. Tafeln finden sich nirgends. Den Inhalt desselben aber referirt Gajus in seinen Institutionen ¹³⁾, wo er sagt: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII. agnati sunt tutores: qui vocantur LEGITIMI.* Justinian hat diese Stelle aus Gajus in seine Institutionen ¹⁴⁾ aufgenommen, wo bloß bey den Worten *ex lege XII.* das Wort *tabularum* hinzugefügt worden ist. Als Relation des Inhalts sieht Roodt ¹⁵⁾ auch die Worte des Paulus aus dessen *libro XXXVIII. ad Edictum* ¹⁶⁾ an, wo er sagt: *Intestato parente mortuo, agnatis defertur tutela.* Die verschiedenen Versuche zur Herstellung der Textes-Worte, mit einer gründlichen Kritik begleitet, findet man vollständig bey Dirksen ¹⁷⁾. Die meisten Wiederhersteller haben es jedoch darin versehen, daß sie bloß der Pupillen, und nicht auch der Frauenzimmer gedacht haben ¹⁸⁾, deren legitimi tutores doch auch, wie Gajus ¹⁹⁾ sagt, nach dem Gesetz der XII. Tafeln

12) L. 5. D. h. t.

13) *Commentar. I.* §. 155.

14) *Lib. I. Tit. 15. de legitima agnatorum tutela. Pr.*

15) *Comment. h. t.* §. Interim.

16) L. 6. D. h. t.

17) Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente. (Leipzig 1824.) Kap. 11. Tab. V. Fragm. 6. S. 366 — 369.

18) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 120. Not. 2. (der 8. Aufl.)

19) *Institution. Commentar. II.* §. 47. S. Zimmern Ge-

feln die Agnaten waren, bis nachher durch die *Lex Claudia* die legitima agnatorum tutela über die Frauenpersonen aufgehoben wurde ²⁰). Uebrigens wird sich der vollständige Begriff von der *legitima tutela* erst nach der Erörterung der Frage ergeben, wer die legitimi tutores sind ²¹).

§. 1313. a.

Wenn findet die legitima tutela Statt?

Die gesetzliche Tutel tritt nun in folgenden Fällen ein.

I. Wenn weder ein testamentarischer Vormund vorhanden, noch ein solcher zu hoffen ist ²²). Semper enim legitima tutela, sagt Ulpian *libro XXV. ad Edictum* ²³), testamentariae cedit; und *libro XXXVII. ad Sabinum* ²⁴) giebt er die Regel: Sciendum est,

schichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. Band. 2. Abth. §. 253. Not. 20. S. 872.

20) CAJUS *Institution. Commentar. I.* §. 157. S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthümer. §. 424.

21) Die Lehre von der legitima tutela haben besonders Hug. DONELLUS *Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6.* Vol. II. pag 55 — 66. Paul MONTANUS *de iure tutelar. et curation. Cap. XIV. — XVI.* und Car. Frid. WALCH in *Diss. de tutela extraneorum legitima, praes. Christ. Gottl. BUDERO defensa. Jenae 1755.* 4. bearbeitet. Zur Geschichte dienen Zimmermanns Geschichte des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 253. S. 872—876. und Gans's Scholien zum Gajus. 4. Sch. S. 190—200. Man sehe auch den 28. Th. §. 1298.

22) *Pr. J. de legitima agnator. tut.* S. DONELLUS c. 1. §. 3.

23) *L. 9. §. 1. D. de tutelae et rationib. distrahend.*

24) *L. 11. D. de testam. tut.*

quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. Wenn also der Vormund im Testament unter einer Bedingung, die noch erst existiren soll, oder ex die bestellt worden ist, so kann in der Zwischenzeit nicht der legitimus tutor eintreten, sondern die Obrigkeit setzt einen Interims-Vormund. Denn die Obrigkeit kann zwar, wenn es die Umstände erfordern, einen Vormund auf eine Zeit lang bestellen; allein das Gesetz giebt auf diese Art keinen Vormund, sondern wer einmal legitimus tutor geworden ist, bleibt immer Vormund²⁵⁾. Solang also noch ein testamentarischer Vormund zu hoffen ist, kann die legitima tutela eben so wenig Statt finden, als eine hereditas legitima, solange die Erbschaft noch aus dem Testamente angetreten werden kann²⁶⁾. Ein testamentarischer Vormund ist nun nicht vorhanden, 1) wenn der Erblasser, welcher Tutoren bestellen konnte, gar kein Testament gemacht, oder 2) in Rücksicht der Vormundschaft in seinem Testamente nichts verordnet hat, oder 3) der im Testament ernannte Vormund noch vor dem Testirer gestorben ist²⁷⁾, oder 4) die Bedingung nicht zur Wirk-

25) G. DONELLUS cit. loc. Cap. 6. §. 1. und ANT. FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XV. Princ. I. Illat. 3. pag. 1047 sq.

26) L. 59. D. de acquir. vel omitt. hereditate. L. 89. D. de Regul. iuris.

27) §. 2. J. de legitima agnator. tut. Wenn es hier heißt: Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare; sed si, quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; so muß bey den Worten non hanc habet significationem das Wort TANTUM ergänzt werden, wie auch FRANC. BALDUINUS Commentar. in Institution. ad h. §. 2. p. 108.

lichkeit gekommen ist, unter welcher der testamentarische Tutor war ernannt worden ²⁸⁾. Paulus sagt *libro XXXVIII. ad Edictum* ²⁹⁾ *INTESTATUS autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit: quantum enim ad tutelam pertinet, INTESTATUS est* ³⁰⁾. Justinian hat dieses Fragment in seinen Insti-

bemerkt hat. Man findet dieses in mehreren Gesetzstellen, daß das Wort *tantum* bey non ausgelassen worden ist. *Z. B. L. 50. D. de Verb. oblig. L. 5. §. 2. D. de iniur. L. 58. D. ad Sctum Trebellian.* In der *L. 6. D. h. t.* welche offenbar bey den Institutionen hier zur Quelle gebient hat, heißt es auch ausdrücklich *non tantum*, und eben so in der griechischen Paraphrase des Theophilus: *ὁ μόνον*.

28) *S. Franc. HOTOMANI* Commentar. in Institution. ad §. 2. J. de legit. agnator. tut. pag. 72.

29) *L. 6. D. h. t.*

30) Durch das bloße Daseyn eines Testaments des Vaters, wenn darin auch von der Tutel selbst nichts verordnet ist, wird also die legitime Tutel nicht ausgeschlossen. Denn wenn auch die Intestaterbfolge hier wegfällt, so ist doch nach den angeführten klaren Stellen der Vater, *quantum ad tutelam pertinet*, für *INTESTATUS* zu halten. Anderer Meinung ist jedoch Schweppe in der Röm. Rechtsgesch. u. Rechtsalterthüm. §. 424. Allein die Stelle *Ulpian's Fragm. Tit. XII. §. 5.*, welche Er für seine Meinung anführt, redet von einem Curator, welcher in einem Testamente nicht bestellt werden konnte, sondern den der Prätor dem *prodigus*, von dem hier die Rede ist, setzte. War dieser aus dem Testamente seines Vaters Erbe geworden, so konnte ihm das Gesetz, nämlich der XII. Tafeln, keinen Curator geben, (*ex lege curator dari non poterat*) weil dieses bloß von dem Falle sprach, da der Vater kein Testament gemacht hatte.

tutionen³¹⁾ benutzt, und noch die Worte beygefügt: Quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, *vivo testatore decesserit*. Die legitima tutela tritt ferner ein,

II. wenn der testamentarische Tutor aufhört Vormund zu seyn, und zwar ohne Mitwirkung der Obrigkeit abgeht. Dahin gehört a) wenn der testamentarische Vormund stirbt, entweder ehe er noch die Tutel übernommen hatte, oder ehe der Pupill die Mündigkeit erreicht hat, und kein anderer testamentarischer Vormund vorhanden ist³²⁾. b) Wenn die Zeit, bis auf welche der testamentarische Vormund ernannt war, verflossen ist, oder c) die Bedingung, bis zu deren Existenz der Tutor die Vormundschaft führen sollte, eingetreten ist³³⁾. Geht der testamentarische

Diesen Fall setzte nun zwar auch das Gesetz bey der legitima agnatorum tutela voraus. Allein so wie dieses nachher durch die interpretatio Prudentum darin erweitert wurde, daß der legitimus tutor auch denn zugelassen wurde, wenn der Vater zwar ein Testament gemacht, aber darin wegen der Tutel nichts verordnet hat, ut, quantum ad tutelam pertinet, *intestatus obisse videretur*; so trat hingegen bey der Curatel der Prätor ins Mittel, und gab dem Prodigus einen Curator. S. Jo. CANNegieter Notae ad Domitii Ulpiani Fragmenta (Lugd. Batav. 1774. 4.) ad loc. Ulp. cit. pag. 65.

31) §. 2. J. de legitima agnatorum tutela.

32) L. 6. in fin. D. h. t. L. 11. §. 3. et 4. D. de testam. tut. S. oben §. 1306. S. 251. und Ant. FABRI Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XV. Princ. I. Illat. 8. Den Unterschied zwischen hereditas und tutela zeigt hier Franc. BROBUS in Comment. ad Institut. Tit. de legit. agnat. tut. §. 3.

33) S. Arn. VINNIUS Commentar. ad §. 2. J. de legitima agnator. tutela. Man vergleiche auch §. 1306. S. 250 ff.

Vormund mit Concurrenz der Obrigkeit ab, z. B. der Tutor hat sich gesetzmäßig excusirt, oder er ist von der Vormundschaft als *suspect removirt* worden, so setzt die Obrigkeit einen andern Vormund ³⁴⁾. Die *legitima tutela* hat endlich auch Statt,

III. wenn ein ganz untaugliches Subject zum Vormund ernannt worden, dessen Mangel auch nicht einmal durch einen Interims-Vormund vor der Hand von der Obrigkeit ergänzt werden kann ³⁵⁾. Es ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob der Mangel in der Person des testamentarischen Vormundes ein juristischer ist, der *ex personae suae conditione* herrührt, wie z. B. wenn ein Sklave, oder ein Soldat, oder eine Weibsperson, oder eine *persona incerta* zum Vormund ernannt worden ist; oder ob der Mangel bloß factisch ist, der in einem körperlichen Gebrechen, oder in einer Gemüthskrankheit besteht, wie z. B. wenn der testamentarische Vormund taub, stumm, oder wahnsinnig ist ³⁶⁾. Ist das Letztere, so bestellt die Obrigkeit an die Stelle eines *furiosus, mutus und surdus tutor* andere Vormünder. Paulus sagt *libro octavo ad Sabinum* ³⁷⁾, es wären hierüber mehrere *Senatus-consulta* ³⁸⁾ gemacht worden.

34) L. 11. §. 1. et 2. D. de testam. tut. ULPIANUS Fragm. Tit. XI. §. 23. S. oben S. 229 f.

35) S. DONELLUS Comment. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 3.

36) S. §. 1300 und 1301. Man sehe POTHIER Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXVI. Tit. 1. de tutelis Nr. V. Not. b. pag. 92.

37) L. 17. D. de tutelis. Man verbinde damit noch die L. 1. §. 2. et 3. D. eodem. und L. 10. §. 1. D. h. t. Man sehe auch ZIMMERN Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 240. Not. 5. S. 899.

38) Diese mehreren *Senatus-consulta* betrafen vielleicht alle

§. 1314.

Wer sind die legitimi tutores? I. Aelteres Recht.

1) Agnati. Consanguinei.

Die Frage, wer die legitimi tutores sind, läßt sich zwar überhaupt in so weit richtig beantworten, wenn man sagt, es sind die nächsten Intestaterben des Pupillen³⁹⁾. Allein, um näher bestimmen zu können, wer diese Intestaterben sind, muß das ältere Recht von dem neuern, oder Justinianischen unterschieden werden.

1) Nach dem ältern Recht waren diese legitimi tutores 1) die Agnaten, und zwar die nächsten, jedoch mit Uebergang derer, welche, wie namentlich Frauenspersonen, nicht Tutoren seyn konnten; ausser diesen gewiß auch 2) die Gentilen. 3) Die Patronen und deren Kinder. 4) Die parentes manumissores, welche, wie Ulpian⁴⁰⁾ sagt, vicem legitimorum tutorum sustinent; und 5) die fiduciarii tutores⁴¹⁾. Unter diesen waren nun also

1) die Agnaten diejenigen legitimi tutores, welche das Gesetz der zwölf Tafeln propalam, wie Ulpian⁴²⁾ sagt, d. h. namentlich und wörtlich, zur Tutel,

Arten der Tutoren. Vom tutor mulieris spricht insonderheit GAIUS *Institution. Comm. I.* §. 180. und ULPIANUS *Fragm. Tit. XI.* §. 21. S. Zimmern a. a. D. §. 254. Not. 57. S. 882.

39) S. DONELLUS *Commentar. Lib. III. Cap. 6.* §. 5. sqq.

40) L. 3. §. ult. D. h. t.

41) S. Zimmern *Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. 2. Abth.* §. 253. S. 872. ff. und Schweppe *Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterth.* §. 424. S. 613.

42) *Fragm. Tit. XI.* §. 3. S. Ant. SCHULTING *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 594.

und zwar nicht bloß über Unmündige, sondern gewiß auch selbst über mündige Frauenspersonen rief ⁴³⁾. Hierher gehört vorzüglich die Stelle Ulpian's aus dessen *libro quarto decimo ad Sabinum*, welche in der *L. 1. pr. h. t.* so lautet:

Legitimae tutelae lege duodecim tabularum AGNATIS delatae sunt, et CONSANGUINEIS.

Bei dieser Gelegenheit geben denn auch sowohl Gajus ⁴⁴⁾ als Ulpian ⁴⁵⁾ den Begriff von Agnaten. Beyde kommen darin überein, daß *Agnati* sind *per virilis sexus personas cognatione iuncti, eiusdem familiae, quasi a patre cognati: veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo, item patruus, et patrum filius et nepos*. Da hier von Agnaten nicht bloß insofern sie, wie Ulpian ⁴⁶⁾ sagt, *ad le-*

43) GAJUS *Institution. Comm. I. §. 145.* und *Lib. II. §. 47.* In der letzten Stelle heißt es. *Mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: id ita lege XII. tabularum cautum erat.* S. Zimmermann a. a. O. Not. 20.

44) *Institut. Commentar. I. §. 156.* Der Begriff von GAJUS ist sowohl in Justinian's Institutionen *Lib. 1. Tit. 15. §. 1.* als in die Pandecten *L. 7. D. h. t.* aufgenommen. Man vergleiche auch *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collatio Tit. XVI. §. 2.* (in *Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejustin. pag. 792.*)

45) *Fragm. Tit. XI. §. 4. L. 2. §. 1. D. de suis et legitim. hered.* Mit Ulpian stimmt auch PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. IV. Tit. 8. §. 13.* und in *Collat. cit. Tit. XVI. §. 3.* (bey SCHULTING c. 1. pag. 797.) überein.

46) *L. 1. pr. D. h. t.*

gitimam hereditatem admitti possint, sondern auch insofern sie zugleich in dieser Eigenschaft legitimi tutores sind, die Rede ist; so erklärt sich daraus, warum Ulpian die Agnaten a patre cognati, *virilis sexus* definiert⁴⁷⁾. Denn wenn gleich auch Frauenspersonen allerdings mit zu den Agnaten überhaupt gehörten⁴⁸⁾; so konnten doch nur solche Agnaten, welche Männer sind, legitimi tutores seyn. Eine solche Agnation konnte nun aber nicht nur durch Erzeugung in *iustis nuptiis*, also vermöge leiblicher Verwandtschaft, jedoch nur durch Mannspersonen; sondern auch durch eine noch dauernde Adoption entstehen⁴⁹⁾; und da letztere sogut, wie die erste, ein Recht zur legitima hereditas begründete⁵⁰⁾; so waren agnati adoptivi unstreitig eben sogut, wie die leiblichen Agnaten, legitimi tutores⁵¹⁾. Daß Agnationsrecht durfte nur nicht durch Uebergang in eine andere Familie, weil man nie zu gleicher Zeit agnatus von zwey ganz verschiedenen Familien seyn konnte⁵²⁾, oder sonst durch *Capitis Deminution*

47) S. Hugo's Lehrb. der Gesch. der Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 115. Not. 2. (der 8. Aufl.)

48) §. 3. *J. de legit. agnat. success.* S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts. 1. B. 2. Abth. §. 159. S. 508. f. und Not. 15.

49) S. Hugo's Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts bis auf Justinian. S. 95. f. und S. 111. f. Vergl. auch meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 15. der 2. Aufl. (Erlangen 1822.) S. 46. f.

50) §. 2. *J. de legitima agnator. success.* L. 1. §. ult. *D. de suis et legitim. heredib.*

51) S. *Ant. CONTIUS* *Lection. subsecivar. iuris civ. Lib. I. cap. 6.* (*Opp. a MERILLIO editor. Parisiis 1626. 4.*) pag. 22. sq.

52) Hugo angef. Lehrb. S. 112. Z. 15 — 15.

erloschen seyn. Daher rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian L. 2. *Cod. h. t.*

Ad agnatos pupilli iure legitimo sollicitudinem tutelae pertinere, nisi capitis deminutionem sustinuerint, manifestissimum est.

Ulpian gedenkt jedoch in der oben angeführten Stelle nicht nur der Agnaten, sondern auch noch insonderheit der *consanguinei*, welche unter den Agnaten den ersten Platz einnehmen, und im zweyten Grade der Seitenlinie stehen. Den Gesetzen der XII. Tafeln war dieser Name noch ganz fremd⁵³⁾. Erst durch die Interpretation der Rechtsgelehrten wurden bey der Intestaterbfolge von den Agnaten diejenigen mit dem besondern Namen *consanguinei* bezeichnet, qui primum inter agnatos locum acceperunt⁵⁴⁾, die übrigen, die nach ihnen zur hereditas kamen, wurden *agnati* schlechthin genannt. Offenbar unrichtig erklärt das

53) *Mosaicar. et Rom. LL. Collat. Tit. XVI. §. 3.* da sagt Paulus: Sane consanguineos *Lex non adprehenderit*. So ist, statt *consanguineis*, richtiger zu lesen. S. Hugo ius civ. antejust. Tom. II. pag. 1470. und Desselben Lehrb. der R. Rechtsgesch. S. 111. Z. 23. Man sehe auch die Note des PITHOEUS in *Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejust. ad h. L. Collation. pag. 795. not. 28.* und meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 63 Not. 54. S. 218.

54) S. *Mosaic. et Rom. LL. Collat. c. 1.* Wenn es daselbst nach *adprehenderit*, heißt *interpretatione Prudentium primum inter agnatos locum acceperunt*; so ist hier nach *adprehenderit*, das Wort *sed*, oder durch *semination* at einzuschalten. S. Jo. CANNegieter ad *Collation. Legg. Mosaicar. et Rom. Tit. XVI. §. 3. Not. c. (adj. Eiusd. Notis ad Domit. Ulpiani Fragmenta pag. 260.)*

ber Accursius⁵⁵⁾ diese *consanguinei* durch diejenigen, qui sunt agnati et cognati naturales. Nam quidam sunt agnati tantum, sagt er, ut adoptivi, et hi non vocantur. Cujaz⁵⁶⁾ entdeckte in dieser Glosse nicht mehr als tria peccata, die er mit Recht gerügt hat. Consanguinei sind vielmehr Geschwister, die von einem Vater abstammen, wenn sie gleich verschiedene Mütter haben, und welche durch eine sehr alte Interpretation der Römischen Juristen unter diesem Namen den übrigen Agnaten entgegengestellt wurden⁵⁷⁾. Hinsichtlich der legitima tutela sind Consanguinei Brüder, gleichviel leibliche oder Adoptiv-Brüder, die einen gemeinschaftlichen Familien Vater haben, in dessen Potestas sie standen, und durch den Tod desselben daraus befreiet worden sind. Alle römische Juristen stimmen hierin mit einander überein. Consanguinei sunt, sagt Paulus⁵⁸⁾, eodem patre nati, licet diversis matribus, qui in potestate fuerunt mortis tempore: adoptivus quoque frater, si non sit emancipatus, et hi, qui post mortem patris nati sunt, vel causam probaverunt⁵⁹⁾. — Consanguineis non existentibus, agnatis defertur here-

55) Gloss. ad pr. L. 1. h. t.

56) Observation. Lib. XI. Cap. 26.

57) S. Euler über die Beschränkung des Intestaterbrechts der Weiber bey den Römern, hinter Burcharthi Grundzügen des Rechtssystems der Römer S. 308. ff.

58) In Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat. Tit. XVI. §. 3. (S. Hugo iur. civ. Antejust. Tom. II. p. 1472.)

59) Von dieser *causae probatio* habe ich in meiner Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 55. S. 190. u. ff. gehandelt. Man sehe auch Zimmern Gesch. des R. Privatrechts 1. B. §. 214.

ditas, prout quis alterum gradu praecesserit. Ebenso Gajus ⁶⁰⁾, und Ulpian ⁶¹⁾. Auch selbst die nicht juristischen Klassiker kennen keinen andern Sprachgebrauch, wie Cujaz ⁶²⁾ gegen Accursius aus mehreren Stellen der Alten bewiesen hat.

§. 1315.

Wie wenn der Agnaten mehrere waren, oder der nächste war unfähig? Erläuterung der L. 1. §. 1. *sqq. h. t.*

Es konnten jedoch nicht alle Agnaten Vormünder werden, sondern nur die Nächsten im Grade. Unter mehreren Agnaten schloß daher der Nähere den Entferntern aus, mehrere Agnaten des nämlichen Grades aber führten die Tutel gemeinschaftlich ⁶³⁾. Die Ordnung war hier, wie bey der Intestat-Erbfolge. Denn quo tutela redit, eo et hereditas pervenit, sagt QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA *libro singulari Opōv* ⁶⁴⁾. Waren jedoch der Tutoren mehrere, so konnte anfangs Jeder sein Recht durch die in iure cessio einem Andern überlassen ⁶⁵⁾. Ein solcher Vormund hieß tutor *cessitius*. Diese cessio tutelae hatte jedoch in der Folge nur noch bey der Tutel über Frauenspersonen Statt ⁶⁶⁾. Es war aber auch von

60) GAJUS *Institut. Commentar. III. §. 9.*

61) *In Mos. et Rom. LL. Collat. Tit. XVI. §. 6.* (Hugo pag. 1473.)

62) *Loc. cit.*

63) GAJUS *Institut. Commentar. I. §. 164. IDEM libro XII. ad Edictum Provinc. L. 9. D. h. t. und Justinian §. ult. J. de capitis deminut. (I. 16.)*

64) *L. 73. pr. D. de div. Reg. iuris.*

65) Hugo *Lehrb. der R. Rechtsgesch. S. 119. Z. 5.*

66) GAJUS *Lib. I. §. 168 — 170. C. CUJACIUS Paratitl. in Tit. Cod. de legitima tutela.*

dieser tutela cessitia schon zu Gajus Zeiten keine Frage mehr, nachdem durch die lex Claudia die tutelae agnatorum über die Frauenspersonen waren aufgehoben worden ⁶⁷⁾. Wenn jedoch unter mehreren Agnaten der Nähere im Grade den Entferntern von der Tutel ausschließen sollte; so mußte auch jener nach den Gesetzen Vormund seyn können. Schlossen ihn die Gesetze von Vormundschaften aus, wie namentlich die Frauenspersonen; so erhielt der Entferntere die Tutel, wenn gleich der nächste Agnat den Pupillen beerbte. Diese Uebergehung der Unfähigen hatte denn zur Folge, daß die Tutel mit der Delation der hereditas nicht immer gleichen Schritt halten konnte. Eben dieses bemerkt auch Ulpian, wenn er *libro XIV. ad Sabinum* ⁶⁸⁾ sagt:

Interdum alibi est hereditas, alibi tutela: utputa, si sit consanguinea pupillo. Nam hereditas quidem ad agnatam pertinet: tutela autem ad agnatum. Item in libertinis, si sit patrona, et patroni filius. Nam tutelam patroni filius, hereditatem patrona obtinebit: tantundemque erit, et si sit patroni filia et nepos. Si apud hostes sit frater, inferioris gradus adgnato tutela non defertur. Nam et si patronus apud hostes sit, patroni filio tutela non defertur, sed interim a Praetore datur ⁶⁹⁾. Interdum autem etiam sine hereditate

67) GAJUS c. l. §. 171.

68) L. 1. §. 1. sqq. D. h. t.

69) Denn durch die Gefangenschaft endigte sich die Tutel nicht auf immer, sondern dieselbe wurde bloß, wie das Recht der väterlichen Gewalt, suspendirt, propter ius postliminii, welches die Fiction begründete, als wären

tutela defertur, interdum hereditas sine tutela: ut puta in eo, qui latitavit, cum servum suum rogatus esset manumittere. Nam generaliter *Divus Pius* rescripsit *Aurelio Basso*, ius patroni eum non habere, his verbis. *Plane tergiversatio eorum, qui subvertere fideicommissam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni adquirant in eo, quem liberum esse nolunt.* Idem erit si filiae adsignatus libertus sit: tutela quidem apud fratres permanebit: ut *MARCELLUS* notat: legitima autem hereditas ad sororem pertinebit.

Indem hier *Ulpian*, als Ausnahme von der Regel, nach welcher die legitima tutela den nächsten Intestaterben deferirt wird, den Fall anführt, daß zuweilen eine hereditas auch sine tutela, so wie eine tutela sine hereditate Statt haben könne, erläutert er zugleich diesen Fall durch das Beispiel von einem Erben, welchen der Erblasser gebeten hatte, einen Sklaven zu manumittiren, der aber diese Manumission arglistig verzögerte, und zu verhindern suchte. In diesem Falle wurde der Sklave ein *orcinus libertus*, und gehörte zur Familie des Testirers, der Erbe hingegen behielt zwar die Erbschaft, aber er hatte kein Patronatrecht. Er war also auch nicht legitimus tutor des libertus, sondern die Tutel fiel an die Söhne des Testirers, als des eigentlichen Patronus. Dieses hatte zwar schon das *Senatusconsultum Rubrianum* verordnet, wie unser *Ulpian libro XXXVIII. ad Sa-*

die Rechtsverhältnisse des wieder zurückgekommenen Gefangenen nie erloschen. §. 5. *J. Quib. mod. ius potest. solvitur. L. 52. §. 1. D. de heredib. instituend. L. 16. D. de captiv. et postlim. revers.*

binum 70) sagt. Allein in unserer Stelle bezieht er sich noch auf ein Rescript des Divus Pius, vermöge dessen überhaupt diejenigen, welche eine fideicommissa libertas arglistig zu umgehen suchen, zur Strafe kein Patronatrecht über den erwerben sollen, den sie nicht haben freylassen wollen. Wer nun nicht Patron des Libertus ist, kann auch nicht legitimus tutor desselben seyn. Dieses Rescript, worauf sich auch die Kaiser Diocletian und Maximian 71) beziehen, gieng also weiter, als das SCtum Rubrianum 72), welches nur von einem Erben

70) L. 3. §. 3. D. de legitim. tutor. Plane si forte ex Rubriano Senatusconsulto pervenerit ad libertatem, non habebit tutorem eum, qui rogatus est, sed *orcinus libertus effectus ad familiam testatoris pertinebit*. In qua specie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere, quae ad patronos (dieß sind die im Testament bestimmten Manumissoren) non pertinet: quod quidem in omnibus *orcinis libertis* locum habet testamento manumissis. Ohne Anruf obrigkeitlicher Hülfe gegen den latitirenden Fiduciar und erfolgtes obrigkeitliches Decret ward jedoch der Sklave nicht frey. L. 11. C. de fideicomm. libertat. (VII. 4.) L. 26. §. 9. D. eodem. (XL. 5.) S. Zimmermann Gesch. des Röm. Privatrechts bis Justinian. 1. B. 2. Abth. §. 203. S. 748.

71) L. 12. Cod. de testamentar. manumiss. (VII. 2.)

72) L. 26. §. 7. sqq. D. de fideicomm. libertat. L. 33. §. 1. et L. 49. D. eodem Das SCtum Rubrianum ward unter dem Kaiser Trajan, und zwar, wie man annimmt, im Jahre 854. oder im J. Christi 101. gemacht. Es hat seinen Namen von dem Consul RUBRIUS GALLUS erhalten, welcher in dem bemerkten Jahre das Consulat mit dem CARLIUS HISPO führte. Die Namen beyder Consuln kommen in den Fastis unter den Coss. ordinariis nicht vor. Sie waren also ohne Zweifel *suffecti*. S.

oder überhaupt einem solchen sprach, der sich entweder, um sich der fideicommissirten Manumission eines Sklaven zu entziehen, verborgen hielt, oder vom Prätor vorgeladen, nicht erschien ⁷³⁾; dahingegen das Rescript des Divus Pius gegen jede hinterlistige und böshafte Verhinderung einer fideicommissirten Freyheit durch verzögerte Antretung der Erbschaft, oder Collusion mit den Intestat-erben, oder erdichtete peinliche Anschuldigung des Sklaven, u. d. sicherte, so daß durch ein Decret der Obrigkeit, nach gepfogener Untersuchung, dem Sklaven die Freyheit eben so zuerkannt werden solle, als wenn sie ihm direct im Testament vermacht worden wäre ⁷⁴⁾. Dieses Beyspiel betraf also die *legitima patronorum tutela*, und gehört zunächst nicht hieher. Eben so das andere Beyspiel, welches von der *assignatio liberti* hergenommen ist. Wenn nämlich der Patron, wie ihm vermöge eines unter dem K. Claudius gemachten *Senatusconsultum*s ⁷⁵⁾ gestattet war, unter mehreren Kindern in seiner Gewalt einem Einzigen im Testamente, oder auf andere Weise, den Frey-

Jo. Aug. BACH Trajanus. (Lipsiae. 1747.) pag. 99. sq.
Die Worte des S^Cti Rubriani hat uns Ulpian *L. 26. §. 7. D. de fideicomm. libertat.* aufbehalten. Erläutert hat sie *Franc. RAMOS DEL MANZANO in Tr. de Senatusconsultis et Constitutionibus circa moram in fideicommissaria libertate factis. §. 1 — 8. (in Thes. Meerman. Tom. VII. pag. 59. sqq.)*

73) *L. 28. §. 1. D. de fideicomm. libertat.*

74) *§. L. 12. C. de testam. manum. und Car. Frid. Christ. WENCK Divus Pius, sive ad Leges Imp. Titi Aelii Antonini Pii A. Commentar. Libell. II. Lipsiae 1805. Cap. IV. pag. 48 — 52.*

75) *L. 1. pr. D. de adsignand. libert. Pr. et §. ult. J. eod.*

gelassenen zugewiesen hatte, und dieses Kind gerade eine Tochter war ⁷⁶⁾; so war nun zwar diese als desselben Patronin ⁷⁷⁾ anzusehen. Allein war der Freigelassene noch nicht mündig, so gehörte die legitima tutela für die Brüder ⁷⁸⁾, die legitima hereditas des Freigelassenen aber erhielt die Schwester, wie Marcellus bemerkt.

Noch ist eine Stelle in diesem Titel der Pandecten merkwürdig, welche die Ausschließung der Frauenspersonen von der legitima tutela betrifft, wenn sie auch unter den Agnaten die nächsten im Grade wären. Sie ist aus Hermogenian's *Libro II. Juris Epitomarum* genommen, und lautet *L. 10. pr. D. h. t.* folgendermassen.

Agnato prior femina quo minus sit impuberis agnati tutor, non obiicitur: ideoque patruus sororem consanguineam habentis fratris filii legitimus erit tutor: nec amita patruo magno, vel matertera fratris filiis, ne sint tutores, obstat.

Daß die soror consanguinea eine Agnatin ihres unmündigen Bruders ist, hat keinen Zweifel. Allein, da sie nicht Vormünderin seyn kann, so wird des Vaters

76) §. 1. *J. de adsignat. libertor.*

77) *Pr. J. eodem. tit.*

78) Libertus enim, sagt Ulpian *L. 3. §. 9. D. de bonis libertor.* qui alteri ex filiis adsignatur, non desinit alterius filii libertus esse. Das Kind, dem der libertus assignirt worden ist, genießt nur alle vermögensrechtlichen Vortheile des Patronats, die übrigen Kinder aber haben die Hoffnung, ihr pristinum ius dereinst wieder zu erhalten, wenn der Adsignatar ohne Descendenz verstirbt. *S. Jan. a Costa Commentar. ad pr. J. de adsignat. libertor. pag. 381.*

Bruder die gesetzliche Tutel über den unmündigen Neffen erhalten, wenn er gleich ein entfernterer Agnat ist. Ebenso wenig, sagt Hermogenian, ist des Vaters Schwester dem Großoheim bey der legitima tutela hinderlich, wenn gleich der patruus magnus im vierten, des Vaters Schwester aber im dritten Grade verwandt ist⁷⁹⁾. Allein wie konnte Hermogenian dieses Beispiel anführen, da zu seinen Zeiten nach dem Rechte, welches durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten oder, wie Justinian sagt, durch die media iurisprudencia war eingeführt worden, des Vaters Schwester, wenn sie gleich Agnatin war, doch kein Intestaterbrecht hatte⁸⁰⁾? Erst Justinian⁸¹⁾ hob den Unterschied, der durch jenes Recht zwischen männlichen und weiblichen Agnaten war eingeführt worden, auf, und verordnete durch Wiederherstellung der Sanction der XII. Tafeln, daß die Agnaten, ohne Unterschied des Geschlechts, also die Frauenspersonen, welche auch die Rechte der Consanguinität nicht haben, auf gleiche Weise, wie die Mannspersonen, zu dem Rechte der legitimae successionis ab intestato nach der Nähe des Grades zugelassen werden sollten. Nun erst konnte davon die Frage seyn, ob die amita, als nähere Agnatin, und Intestaterbin dem patruus magnus hinsichtlich der Tutel im Wege stehe. Noch räthselhafter aber ist das andere

79) §. 3. et 4. *J. de gradibus cognation.*

80) §. 3. *J. de legitima agnator. success.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 63. S. 217 — 220.

81) *L. 14. pr. C. de legitimis heredib.* (VI. 58.) vom Jahre 532. Justinian gedenkt dieser Constitution §. 3. *J. de legitima agnatorum success.* S. meine angeführte Erörterung. §. 111. S. 408. ff.

Beispiel von der matertera, welche den Bruders Söhnen bey der Tutel nicht hinderlich seyn soll. Denn der Mutter Schwester des Pupillen ist ja Erstens keine Agnatin, sondern eine cognata, und dann Zwentens ist sie ja auch im Grade nicht näher, als des Pupillen Bruders Kinder, verwandt. Denn beyde stehen im dritten Grade der Verwandtschaft⁸²⁾. Justinian hat auch endlich Drittens in seiner Constitution, in welcher er einigen Personen aus dem dritten Grade der Cognation das Agnationsrecht ertheilt hat, nicht einmal dem Onkel oder Mutterbruder, geschweige denn der Mutter-Schwester ein Intestaterbrecht eingeräumt⁸³⁾. Das Beispiel paßt hier also auf keine Weise. Wenn man nun auch jenen Fall mit des Vaters Schwester im Verhältniß zum Großoheim durch einen Zusatz vom Tribonian erklären könnte; so kann doch wohl das andere Beispiel von der Mutter Schwester, matertera, für nichts anders, als für das Glossen eines unverständigen Auslegers gehalten werden, wofür es auch Joseph Finestres⁸⁴⁾ hält.

Ist der nächste Agnat wegen eines körperlichen oder Gemüthsfehlers zur Vormundschaft untüchtig, z. B. er ist taub, oder stumm, oder wahnsinnig; so wird ihm zwar dennoch die Tutel nach dem Gesetz deferirt⁸⁵⁾; allein die Obrigkeit setzt einen andern Vormund an dessen Stelle.

82) §. 5. *J. de gradib. cognat.*

83) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 114. S. 420. f.

84) Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libros. ad L. 10. D. h. t. §. 1. pag. 544.

85) L. 13. *D. de curator. furios.* S. FINESTRES in Hermogenian. ad §. 1. L. 10. D. de legitim. tutor. §. 3. pag. 550.

L. 10. §. 1. D. h. t. HERMOGENIANUS *Libro II. iuris Epitomarum*. Surdus et mutus nec legitimi tutores esse possunt: quum nec testamento, nec alio modo tutores utiliter dari possint.

L. 17. D. de tutelis. PAULUS *libro VIII. ad Sabinum*. Complura Senatusconsulta facta sunt, ut in locum furiosi et muti et surdi tutoris alii tutores dentur ⁸⁶⁾.

Daß diese Senatusconsulta auch vorzüglich in Hinsicht der legitimen Vormünder gemacht worden sind, und zwar in Ansehung derselben haben gemacht werden müssen, hat schon längst Anton Faber ⁸⁷⁾ gezeigt. Da nun hier die Tutel dem nächsten Agnaten einmal deferirt war, wenn er gleich wegen seines körperlichen oder Gemüthszustandes die Tutel selbst nicht führen konnte, so konnte sie nun einem andern Agnaten nicht mehr deferirt werden, mithin der folgende legitimus nicht eintreten ⁸⁸⁾.

Eben so ward auch die legitima tutela deferirt, wenn gleich der nächste Agnat selbst noch unmündig war ⁸⁹⁾. Ulpian ⁹⁰⁾ führt bey der Weiber-Tutel einen solchen

86) Man sehe auch ULPIAN. *Fragm.* Tit. XI. §. 21.

87) *Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. I. Illat. 4. pag. 684.* Man s. auch Zimmern *Gesch. des Röm. Privatrechts* 1. B. 2. Abth. §. 254. Not. 57.

88) L. 5. §. 8. D. h. t.

89) S. Jac. CUJACIUS *Observation. Lib. XVII. Cap. 28. Ant. FABER Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XV. Pr. I. Illat. 7. pag. 1050. Ulr. HUBER Digress. Justinian. Lib. III. Cap. 4. pag. 180.* und von Löhr im *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung* 5. B. S. 5.

90) *Fragm. Tit. XI. §. 20.* Man vergleiche noch CAJUS *Institution. Commentar. I. §. 179. et 180.* Da jedoch

Fall an, wo der legitimus tutor ein Pupill war. Ein solcher unmündiger Agnat war nun zwar dem Rechte und Namen nach Tutor; allein da er die Vormundschaft selbst nicht verwalten konnte; so wurde ihm von der Obrigkeit ein Vormund an die Seite gesetzt, welcher die Administration führte. Er erhielt die Tutel selbst erst mit der Mündigkeit ⁹¹⁾, jedoch konnte er sich dann entschuldigen

diese Stellen nur von der tutela mulierum sprechen, so will man bezweifeln, ob ein impubes habe tutor pupilli legitimus seyn können. S. Zimmern Gesch. des R. Privatrechts 1. B. S. 240. S. 898. Allein da zu Justinian's Zeiten die Weiber Tutel schon längst nicht mehr im Gebrauche war, so wäre es ja wohl ganz überflüssig gewesen, wenn Er in seinen Institutionen §. 15. de Excusat. nochmals namentlich die Zulassung eines Unmündigen zur legitima tutela hätte verbieten wollen. Hierzu kommt, daß Scävola in der L. 75. pr. D. de Regul. iuris von der Regel: Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nur die Frauenpersonen ausnimmt, wenn er hinzufügt: nisi cum feminae heredes intercedunt; nicht unmündige Mannpersonen. S. POTHIER Pandect. Justinian. Tom. II. h. t. Nr. III. Not. e.

- 91) GAJUS *Instit. Comm. I.* §. 157. Itaque masculus quidem impubes fratrem PUBEREM aut patrum habet tutorem. IDEM *libro XII. ad Edict. prov. L. 16. D. de tutel.* Sed ad liberos virilis sexus perfectae aetatis descendunt legitimae. PAULUS *L. 8. D. h. t.* Si reliquero filium impuberem, et fratrem et nepotem ex alio filio: constat, utrosque esse tutores, si perfectae aetatis sunt, quia eodem gradu sunt. Mehrere wollen jedoch die angeführten Pandecten Stellen für interpolirt halten, wegen *L. 5. C. h. t.* welche im Jahre 529. und also noch vor den Pandecten gegeben worden ist. S. Jac. GOTHOFREDUS *Comm. ad L. 75. D. de Regul. iur.* und POTHIER *c. l. Not. d. pag. 98.* Dagegen ist

gen⁹²⁾). Allein nach einer Verordnung des Kaisers Justinian⁹³⁾ darf kein Minderjähriger zu einer Vormundschaft gelassen werden. In dieser Constitution ist auch insonderheit verordnet worden, *ut nec PUPILLUS ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus: cum erat incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire*⁹⁴⁾. Nach dieser Verordnung kann also nun von einer *delatio legitimae tutelae* nicht mehr die Rede seyn, wenn der nächste Agnat noch unmündig ist, sondern es wird mit Uebergehung desselben, die Tutel dem im Grade folgenden Fähigen zustehen⁹⁵⁾.

Unter mehreren legitimen Tutoren desselben Grades kann auch Einem die Verwaltung allein zuerkannt werden, wenn etwa die übrigen unfähig oder gehindert sind.

L. 5. §. 2. D. h. t. ULPIANUS lib. XXXV. ad Edictum. In legitimis, et in his, qui a Magistratibus dantur, quaesitum est, an uni decerni tutela possit? Et ait LABEO, et uni recte tutelam decerni, posse enim aliquos vel absentes vel furiosos esse: quae sententia utilitatis gratia admitenda est.

jedoch Ern. Alex. PAGENSTECHER Observation. legal. lib. sing. (Wetzlar. 1724 4.) Obs. XI.

92) §. 13. J. de Excusat.

93) L. ult. C. de legitima tutela (V. 30.) C. oben §. 1300. C. 67. und Herm. NOORDKERK Observation. Decas. Cap. III. pag. 41. sq.

94) §. 13. J. de Excusation.

95) Man sehe Jac. GOTHOFREDI Commentar. in tit. Pand. de div. Reg. iuris. ad L. 73. pr. pag. 516. in fin. et sq.

§. 1315. a.

2) Tutel der Gentilen.

Wenn keine Agnaten da waren, so stand die legitima tutela nach dem älteren Rechte

2) den Gentilen zu ⁹⁶⁾. Dafür spricht nicht nur das Erbrecht derselben, von welchem die legitima tutela eine Folge ist ⁹⁷⁾, sondern auch die Analogie von der cura furiosi, bey welcher das Gesetz der XII. Tafeln eben so wohl der Gentilen als der Agnaten gedenkt ⁹⁸⁾. Noch mehr aber wird die tutela gentilium dadurch außer Zweifel gesetzt, wenn Gajus ⁹⁹⁾ bey Gelegenheit der Intestaterbfolge der Gentilen auf das erste Buch seiner

96) S. *Ern. Mart. CHLADENIUS* de gentilitate veter. Romanor. Cap. VII. pag. 80. sqq. Albr. Schweppe Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. §. 424. S. 613. der 2. Aufl. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 872. verglichen mit §. 250. S. 847. ff.

97) *CICERO de Invention. rhetor. Lib. II. cap. 50. Lex est: Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatorum gentiliumque esto.*

98) *CICERO c. l. Lex est: Si furiosus est, agnatorum GENTILIUMQUE in eo pecuniaque eius potestas esto.* Fast wörtlich stimmt damit der *AUCTOR ad HERENNIIUM* Lib. I. cap. 13. überein. S. Dirksen Kritik u. Herstellung. des Textes der XII. Tafel. Fragmente. S. 369. ff.

99) *Institution. Commentar. Lib. III. §. 17. Si nullus agnatus sit, eadem Lex XII. tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Qui sint autem GENTILES, primo commentario retulimus: et cum illic admonuerimus totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse, supervacuum est, hoc quoque loco de ea re curiosius tractare.*

Institutionen verweist, wo er den Begriff von Gentilen gegeben, und zugleich bemerkt habe, daß das ganze gentilitium ius ausser Gebrauch gekommen sey. Bey dem Nichtvorkommen der cura furiosi kann nun aber Gajus nicht wohl anders, als bey Gelegenheit der legitima tutela, von den Gentilen gehandelt haben ¹⁰⁰⁾. Man wendet zwar dagegen ein, daß die erforderliche auctoritas sämmtlicher legitimen Tutoren die Zulassung der Gentilen zur Tutel nicht gestattet habe ¹⁾. Es ist auch nicht zu läugnen, daß die auctoritas sämmtlicher Glieder des Stammhauses oft etwas sehr Weitläufiges gewesen wäre. Allein dieser Zweifel läßt sich lösen, wenn man bedenkt, daß ja wohl die gemeinschaftliche Verwaltung derselben bey der cura furiosi mit nicht geringeren Schwierigkeiten verbunden gewesen, überdem aber konnten sie sich ja bey der Tutel mit einer in iure Cessio helfen, wie auch schon Hugo ²⁾ erinnert hat.

§. 1315. b.

Erweiterung der legitima tutela vor Justinian durch Aufnahme einzelner Cognaten in die Reihe der Agnaten.

Die legitime Tutel stand also nach dem Gesetz der

100) Es ist sehr wahrscheinlich, was HOLLWEG bey der Stelle des Gajus *Lib. I. §. 164.* bemerkt hat, daß Gajus da, wo er die Lehre von der legitima agnatorum tutela schließt, von der legitima gentilium tutela gehandelt habe. Es findet sich auch gerade hier eine Lücke in den Institutionen des Gajus.

1) S. von Löhr im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. 3. B. Nr. I. S. 3. Not. 2.

2) Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian. S. 121. Not. 4. Man sehe auch Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Th. §. 233. Not. 23. S. 872.

XII. Tafeln bloß den Agnaten und Gentilen zu. Cognaten, d. h. wie Gajus ³⁾ sagt, *qui per feminini sexus personas cognatione iunguntur*, waren von der legitima tutela, so wie von hereditatibus legitimis, ausgeschlossen. So wie jedoch das Recht der Erbfolge durch neuere Gesetze nach und nach einzelnen Cognaten zu Theil wurde, so erhielt auch durch sie die legitima impuberum tutela einen größeren Umfang schon vor Justinian. Diese hereditates und tutelae ex novis legibus unterschieden sich von den legitimis hereditatibus et tutelis ex duodecim tabulis dadurch, daß sie nicht so, wie die letzteren, durch capitis deminutio minima verloren giengen. Diesen Unterschied bemerkt auch Paulus libro XI. ad Edictum ⁴⁾, wenn er daselbst sagt:

Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae: quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Ex novis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur: ut ecce deferunt hereditatem Senatusconsulta matri et filio.

Von den Cognaten erhielten späterhin durch eine Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodos und Ar

3) Institut. Commentar. Lib. I. §. 156. PAULUS L. 10. §. 1. D. de gradibus et adfinib. UND JUSTINIAN. Institut. Lib. I. Tit. 15. §. 1. S. Jac. RARVARDUS Varior. Lib. V. Cap. 1. (Opp. Tom. I. pag. 623. sqq.)

4) L. 7. D. de capite minutis. L. 11. D. de suis et legitim. hered. S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 85.

radius vom §. 390. 5) die Mutter und Großmutter die Tutel nach den Agnaten, wenn sie dieselbe verlangten, und vor Gericht der zweyten Ehe entsagten.

§. 1316.

3) Tutel des Patronus, und seiner Kinder.

Legitime Tutoren waren ferner

3) der Patron, und dessen Kinder. Diese waren bey Freygelassenen, die keine wahren Agnaten hatten, auch nicht haben konnten, eben das, was bey ingenuis die Agnaten 6). Das Patronatrecht, als ein Verwandtschaftsrecht betrachtet 7), begründete daher eine Erbfolge, welche bey Freygelassenen in derselben Ordnung Statt hatte, in welcher bey Freygebohrnen das Erbrecht der Agnaten seinen Platz nahm 8). Diese Erbfolge nach

5) *L. 2. Cod. Quando mulier tutoris officio.* C. §. 1300. C. 53.

6) *THEOPHILUS Paraphr. graec. Instit. Lib. I. Tit. 17.*

7) In der aus den Basiliken Tom. VI. pag. 586. wiederhergestellten Constitution des Kaisers Justinian, *L. 4. C. de bonis libertor. et iure patronat.* so wie sie in der Spangenbergischen Ausgabe des *Corpus iuris* nach dem Keizerischen Texte aus Meerman's *Thesouro* Tom. V. pag. 4. sqq. abgedruckt ist, heist es: *ἐπειδὴ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερομένων, οἱ ἐλευθεροῦντες αὐτούς, διὰ τοῦτο καλοῦνται ἐκ τῆς νομίμου διακατοχῆς. i. e. quia enim manumissores AGNATI esse videntur manumissis, ideo etiam vocantur ex successione legitima,* nach Keis bey MEERMAN Tom. V. pag. 7.

8) *ULPIANUS Fragm. XXVII. 1.* C. Unterholzner über das patronatische Erbrecht; (in der Zeitschrift für

Patronatrecht war nun zwar in den XII. Tafeln ausdrücklich anerkannt ⁹⁾, von der Tutel aber war in denselben namentlich nichts bestimmt. Wegen der genauen Verbindung zwischen Erbfolge und Tutel ¹⁰⁾, schlossen indessen die Ausleger der XII. Tafeln, was bey der Erbfolge bestimmt ist, müsse auch bey der Tutel gelten ¹¹⁾. So ward also

geschichtl. Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn u. Göschel. 5. B. Nr. II.)

- 9) GAIUS *Institut. Comment. III. §. 40. et 49.* ULPIAN. *Fragm. Tit. XXIX. §. 1.* Hier heißt es: *Civis romani liberti hereditatem Lex XII. tabularum PATRONO defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit*; und in der *L. 195. §. 1. D. de Verb. Signif.* sagt eben dieser Ulpian: *Ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur Lex: „EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMILIAM.* Man vergleiche noch von Ulpian die *L. 10. et 11. D. de iure patronatus* mit *Fragm. Tit. XXVII. §. 1. et 5.* THEOPHILUS in *Paraphr. gr. h. t.* führt sogar die Worte des Gesetzes an: *Εάν ἀπελεύθερος ἢ ἀπελευθέρω ἀπαίδες καὶ ἀδιάδοτοι τελευτήσωσιν τὴν τούτων κληρονομίαν οἱ πατρῶνες ἤγουν οἱ παῖδες τῶν πατρῶνων διαδέχονται* i. e. *Si libertus vel liberta sine liberis et intestati decesserint, hereditatem eorum patroni aut patronorum liberi accipient.* Mit GAIUS stimmt Justinian wörtlich überein. *Pr. J. de success. libertor.* Die dagegen erhobenen Zweifel Hugo's im Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts S. 95. Not. 2. und S. 185. Not. 2. hat Dirksen in der Kritik u. Herstellung des Textes der Zwölf. Tafel. Fragmente. Kap. 11. Tab. V. Fragm. 8. S. 384. ff. hinlänglich gelöst.

- 10) CICERO *Orat. pro domo. Cap. 13.*

- 11) *Quo tutela redit*, sagt QUINTUS MUCIUS SCABVOLA *L. 73.*

die in den XII. Tafeln nicht namentlich enthaltene, aber ebenfalls legitima genannte, Tutel des Patronus und seiner Kinder über deren unmündige und weibliche Freygelassenen durch die Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten folgeweise daraus abgeleitet¹²⁾. Hierher gehören folgende Gesetzstellen und vorjustinianeische Fragmente.

GAJUS Institut. *Commentar. I.* §. 165. mit dem auch Justinian's *Institution. Lib. I. Tit. 17. de legitima patronorum tutela* wörtlich übereinstimmen. *Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur: non*

pr. D. de div. Regul. iur. eo hereditas pervenit; oder wie diese bey den Röm. Juristen nicht ungewöhnliche Hysterologie zu erklären ist: Ad quem hereditas pervenit, ad eum quoque tutela redit. S. CUSACIUS in *Libr. XIX. Quaestion. Papiniani ad L. 69. D. de legat. II. (Opp. postum. Tom. I. pag. 554.) Rad. FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. II. cap. 10. (Thes. Otton. Tom. II. pag. 171)* und *Franc. BALDUINUS in iurisprud. Maciana. (Tom. I. Jurispr. Rom. et Attic. pag. 506.)* Mit dieser Erklärung stimmen auch die *Basilica Tom. I. pag. 77.* nach FABROTUS überein. Anderer Meinung sind zwar *Jac. GOTHOFREDUS Comm. ad L. 73. pr. D. de Reg. iur. pag. 314. sq.* und *Jos. FINESTRES et de MONSALVO Hermogenian. Lib. II. ad L. 10. D. de legitim. tutor. §. 3.* Man sehe aber *Car. Frid. WALCH Diss. cit. de tutela extraneor. legitima §. 6.* Die *L. 73.* ist aus *SCAEVOLAE libro sing. Opōv* genommen, welcher eine Sammlung von Regeln enthielt, die vorzüglich aus den Gesetzen der XII. Tafeln waren abgeleitet worden, wie *WALCH cit. Diss. §. 7.* bemerkt hat.

12) S. *WALCH Diss. cit. §. 4. — 8.*

quia *nominatim* in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia perinde accepta est *per interpretationem*, atque si *verbis legis* introducta esset. Eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem, etiam tutelas ad eos pertinere: cum et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserit: (in Justinian's Institutionen ist hinzugefügt) *quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet.* Ideo autem diximus *plerumque*, quia si a femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, cum alius sit tutor.

ULPIANUS *Fragm. Tit. XI. §. 3.* Per eminentiam autem *legitimi* dicuntur sc. tutores, qui ex *Lege XII. Tabularum* introducuntur, seu *propalam*, quales sunt agnati: seu *per consequentiam*, quales sunt patroni.

L. 3. pr. et §. 1. D. h. t. ULPIANUS Lib. XXXVIII. ad Sabinum. Tutela legitima, quae patronis deferretur e *lege XII. tabularum*, non quidem specialiter vel *nominatim* delata est: sed *per consequentias hereditatum*, quae ex ipsa lege patronis datae sunt. Ergo manumissor ex *Lege XII. Tabularum* tutor est, sive sponte manumisit, sive etiam compulsus ex causa fideicommissi manumisit.

L. 6. §. 1. D. de Verbor. Signif. ULPIAN. Libro III. ad Edictum. Verbum: EX LEGIBUS sic accipiendum est, tam ex *Legum sententia*, quam ex *verbis*.

Die gesetzliche Tutel über Freygelassene stand aber nicht nur dem Patron, sondern auch den Söhnen und Enkeln von Söhnen zu, und zwar als solchen, nicht als Erben des Patrons. Gajus ¹³⁾ sagt ausdrücklich:

Patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit.

Daher verloren sie ihr Recht auf die Tutel des väterlichen Freygelassenen so wenig, als die Ansprüche auf die Beerbung desselben, wenn auch gleich der Vater sich einer Perduellion, oder eines andern Capitalverbrechens schuldig gemacht ¹⁴⁾ hatte, oder die Söhne sich der väterlichen Erbschaft enthielten ¹⁵⁾, oder auch vom Vater waren enterbt worden ¹⁶⁾.

13) *Institution. Commentar. I. §. 175.*

14) *L. 4. D. de iure patron. (XXXVII. 14.)*

15) *L. 9. pr. D. eodem.*

16) *GAJUS Comm. III. §. 58. Nam civis Romani liberti hereditas ad extraneos heredes patroni nullo modo pertinet: ad filium autem patroni, nepotesque ex filio, et pronepotes ex nepote (praedefuncto) natos omnimodo pertinet, etiamsi a parente fuerint exheredati. S. Unterholzner angeführte Abhandl. §. 4. S. 36. Nur die ausserordentliche patronatische Erbfolge vermittelt der honorum possessio contra tabulas liberti, und der B. P. contra suos non naturales, so wie die Successio ex Legge Papia sich darin von der legitima successio ab, daß enterbte Kinder davon ausgeschlossen waren, wenn ihnen nicht die Rechte gegen den Freygelassenen vom Vater ausdrücklich waren vorbehalten worden, wie TERENCEUS CLEMENS libro XII. ad Legem Juliam et Papiam lehrt, woraus die L. 40. D. de bonis libertor. genommen ist. Si pater exheredato filio*

Nur die Patronin, und die Töchter des Patronus konnten, als Weiber, keine Tutel haben ¹⁷⁾).

Die legitima patronorum tutela setzte übrigens

1) eben so, wie die legitima tutela agnatorum, der sie nachgebildet worden, voraus, daß keine capitis deminutio eingetreten seyn durfte, weder in der Person derjenigen, denen das Patronatrecht zustand, noch in der Person des libertus oder der liberta, durch welche die Patronaterbfolge wäre vernichtet worden, worauf die Tutel beruhte ¹⁸⁾. Denn Ulpian ¹⁹⁾ stellt die allgemeine Regel auf: legitima tutela capitis deminutione amittitur. Dieser Fall trat z. B. ein, wenn sich der Patron oder der Freigelassene arrogiren ließ ²⁰⁾. Nur das Erb-

ita cavit, ut ius in libertum salvum ei esset, nihil ei ad hanc rem (sc. quantum ad ius patronatus, L. 1. §. 2. D. de adsignand. libert) nocet exhereditatio. S. Franc. RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. XVIII. nr. 5. (in Thes. Meerman. Tom. V. p. 474.) und Unterholzner über das patronat. Erbrecht. §. 7. S. 90.

17) GAJUS I. §. 195. ULPIAN L. 1. §. 1. D. h. t.

18) GAJUS Institution. Commentar. III. §. 51. Unterholzner über das patronat. Erbrecht. in der Zeitschrift 5. B. S. 49. ff. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 251. S. 949.

19) Fragm. Tit. XI. §. 9.

20) ULPIAN. c. l. §. 13. GAJUS Comm. I. §. 95. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn WALCH ad Hoppii Comment. ad Institut. Lib. I. Tit. 17. not. a. bemerkt, daß nur die Agnaten, aber keinesweges die Patronen, durch capitis deminutio minima die Tutel verloren hätten. Dieser Irrthum ist augenscheinlich durch die falsche Ab-

recht, welches die Kinder einer Patronin vermöge der Lex Papia hatten, erlosch so wenig, als die Tutel, durch eine capitis deminutio nämlich minima, wegen der Regel, qua hereditates et tutelae ex novis legibus delatae capitis deminutione non pereunt ²¹⁾).

2) Die Tutel nach Patronatrecht richtete sich in der Regel nach der Erbfolge ²²⁾. Ullenthalben entschied die Nähe des Grades. Der Patron, so lange dieser selbst lebte, schloß also seine Kinder, so wie von der Erbfolge, also auch von der Tutel aus. Waren mehrere patroni vorhanden, so führten sie die Tutel über den Freigelassenen gemeinschaftlich, so wie sie ihn auch zu gleichen Theilen (in capita) beerbten, wenn sie auch ungleichen Antheil an dem Sklaven hatten ²³⁾, weil hier bloß das persönliche Verhältniß, als solches, nicht die Größe des frü-

theilung des §. 9. Tit. XI. in Ulpian's Fragmenten entstanden. Dieser §. 9. lautet bey SCHULTING in Jurisprud. vet. Antejust. pag. 597. so: *Excepta tutela patronorum, legitima tutela capitis deminutione amittitur.* Eben so bey Jo CANNIGIBER ad Domitii Ulpiani Fragmenta. pag. 56. Allein die Worte „excepta tutela patronorum“ gehören offenbar nicht zum §. 9. sondern zu dem vorhergehenden Satz, wo Ulpian sagt: *feminarum autem legitimam tutelam lex Claudia sustulit;* und bilden daher den Schluß des §. 8. so wie auch HUGO in iure civ. Antejustin. Tom. I. pag. 57. den §. 8. ganz richtig abgetheilt hat. S. auch ZIMMERN Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. §. 251. Not. 2. S. 949.

21) L. 7. D. de capite minut. §. 2. J. de Scto Orfit.

22) S. WALCH Diss. cit. §. 8.

23) GAIUS Institution. Commentar. III. §. 59.

hern Antheils in Betrachtung kam²⁴⁾. Starb einer von denselben, so blieb die Tutel bey den übrigen, wenn gleich der verstorbene Patron einen Sohn hinterließ. Denn der Patron schloß die Kinder eines andern Patronis von der Tutel, so wie von der künftigen Erbschaft des libertus aus²⁵⁾, mit eben dem Rechte, mit welchem der consanguineus vor den Kindern eines andern verstorbenen consanguinei den Vorzug behauptete. Erst wenn alle Patronen gestorben waren, kam die Tutel an deren Söhne. Und diese giengen den Enkeln vor. Denn unter den Kindern des verstorbenen Patronis behaupteten die dem Grade nach Näheren den Vorzug vor den Entfernteren²⁶⁾; wie dieses alles Ulpian in einer aus Desselben *libro XXXVIII. ad Sabinum* genommenen Stelle, L. 3. §. 4. — 7. *D. h. t.* bestätigt.

Si duo pluresve manumittant, omnes tutores sunt: sed si mulier sit inter manumissores, dicendum est, solos masculos fore tutores. — Sed si aliquis ex patronis decesserit, tutela penes ceteros patronos est, quamvis ille filium reliquerit. Sed et si ab hostibus fuerit captus, interim soli compatroni tutores sunt. Simili modo et si in servitutum redactus sit, apparet, ceteros esse tutores. — Sed si omnes patroni decesserint, tunc tutela ad liberos eorum incipit pertinere. — Proinde si alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit, utrum ad solum filium, an vero et ad

24) S. Gans & Scholien zum Gajus. Sch. VI. S. 361.

25) GAJUS III. §. 60. ULPIANUS *Fragm. Tit. XXVII. §. 2.*

26) GAJUS *Comm. III. §. 60.* PAULUS *Sentent. Receptar. Lib. III. Tit. 2. §. 1.* ULPIAN. *Fragm. Tit. XXVII. §. 2. et 3.* JULIAN. L. 23. §. 1. *D. de bonis libertor.*

nepotem tutela pertineat? quia et nepos in familia patris sui proximus est. Hoc apparebit ex legitimis hereditatibus: legitima autem hereditas ad solum filium pertinet, ergo et tutela ad solum filium descendit: post filium tunc ad nepotem.

War der Nächste unfähig, oder des Patronats unwürdig, so war es hier, wie bey der legitima agnatorum tutela. Daher konnte auch hier zuweilen die Tutel ohne Erbschaft, zuweilen die Erbschaft ohne Tutel deferirt werden, wovon Ulpian ²⁷⁾ mehrere hierher gehörige Beispiele giebt, die schon oben bey der Agnaten-Tutel vorkommen sind.

3) Die legitima patronorum tutela hatte das Unterscheidende, daß bey derselben die tutela cessitia über Weiber fortdauernd blieb, nachdem auch schon durch die Lex Claudia die Agnaten Tutel über dieselben war aufgehoben worden ²⁸⁾.

4) War der Frengelassene nur ein Latinus Junianus, so gehörte dem Manumissor die Tutel nur dann über denselben, wenn er den Sklaven vor der Manumission nicht bloß in bonis, sondern auch ex iure Quiritium gehabt hatte ²⁹⁾. Das Vermögen eines Latinen fiel aber nach dem Tode desselben, nicht als hereditas, sondern iure peculii an den Manumissor zurück ³⁰⁾. Es konnte

27) L. 1. §. 3. D. h. t.

28) ULPIANUS *Fragm. Tit. XI. §. 8.* nach HUGO *iur. civ. antejustin. Tom. I. p. 37.* verglichen mit GAJUS *Comm. I. §. 171.*

29) ULPIANUS *Fragm. Tit. XI. §. 19.* bey HUGO *Tom. I. pag. 39.*

30) GAJUS *Instit. Comm. III. §. 56.*

daher auch, wie das Peculium der Sklaven, an extraneos heredes kommen, während die hereditas eines civis Romani liberti nie an extraneos heredes patroni kommen, sondern nur ihm und seinen Kindern, jedoch nicht den liberis exheredatis, zufallen konnte³¹⁾. Hatte der Manumissor den Sklaven nur in bonis gehabt, während einem Andern das Eigenthum ex iure Quiritium an demselben zustand; so fiel zwar das Vermögen des Latinen nach desselben Tode iure peculii wieder an den zurück, welcher ihn vor der Manumission in bonis gehabt hatte; allein die Tutel über denselben erhielt der Herr, welchem das ius Quiritium geblieben war. Dieser hätte zwar durch Manumission den Sklaven nicht zum Latinus machen können, denn dazu war nur der berechtigt, welcher den Sklaven in bonis hatte³²⁾. Allein die Tutel konnte hier der Manumissor über den Latinen darum nicht erlangen, weil diese ein dem Agnationsverhältniß analoges Recht voraussetzte; was also nur, wie jenes selbst, ein quiritarisches Recht seyn konnte³³⁾. So hatte dieß alles, wie Gajus³⁴⁾ sagt, die *Lex Junia* verordnet.

§. 1316. a.

4) Parentes manumissores.

Für einen legitimus tutor ward ferner 4) der Va

31) GAJUS III. §. 58.

32) S. DOSITHEI *Fragment. de Manumissionibus*. §. 11. nach ROEVER *Lugd. Batav.* 1759. 8. und HUGO *Jur. Civ. Antej.* Tom. I. pag. 256. §. 9. aber nach SCHILLING *Diss. crit. de Fragmento iuris Rom. Dositheano denuo graece et latine edito.* (Lipsiae 1819. 8.) pag. 19.

33) S. GANZ *Schollen zum Gajus*. IV. S. 195.

34) *Institut. Commentar. I.* §. 167. (edit. sec. Berolini 1824).

ter gehalten, welcher seinen unmündigen Sohn, oder Tochter, oder seinen Enkel, oder Enkelin vom Sohne, und so weiter, die er in seiner Potestas hatte, einem Andern unter der Bedingung in das Mancipium gegeben, daß ihm das Kind remancipirt werde, und er dann solches nach erfolgter Remancipation selbst manumittirt hat³⁵⁾. Daß bey dem Sohne die Mancipation, so wie die dabey bedungene Manumission von Seiten des Käufers drey mal wiederholt werden, und die Manumission zuletzt vom Vater, so wie bey einem Sklaven, gewöhnlich vindicta geschehen mußte, wenn der Sohn sogleich sui iuris werden sollte, ist bekannt³⁶⁾. Dieser ganze aus Mancipationen und Manumissionen zusammengesetzte Act wurde eigentlich emancipatio genennt³⁷⁾. So wie nun das mancipium ein Analogon der Sklaverey war³⁸⁾, so bildete die Freylassung aus demselben ein Analogon des Patronats. Der parens manumissor ward auf solche Art als Patron des emancipirten Kindes angesehen, und erlangte also durch

S. auch Freyh. von Brodhorff Institutionen, Commentare des Gajus. 1. B. §. 167. S. 659. ff.

35) GAJUS Commentar. I. §. 172.

36) ULPIANUS *Fragm. Tit. X. §. 1.* und GAJUS *Institut. Comment. I. §. 152.* S. Gerl. SCHELTINGA *Diss. de Emancipationib. Franegu. 1750. P. I. Cap. 2. et 3.* (in *Dan. FELLEBERG Jurispr. antiqua. Tom. II. pag. 478 — 498.*)

37) §. 6. *J. Quib. mod. ius patr. pot. solvit.* S. Zimmern *Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. Th. 2. Abth. §. 225. S. 825. ff.*

38) GAJUS *Institut. Comm. I. §. 123. et 138. III. §. 114. L. 3. §. ult. D. de cap. minut.* THEOPHILUS *Paraphr. gr. Lib. I. Tit. 12. §. 6.* S. Ant. FABER *Jurispr. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. II. Illat. 4. pag. 745. sq.*

die Manumission nicht bloß formell, sondern auch materiell alle Rechte eines Patronus über das Kind³⁹⁾. So wie daher der Vater das emancipirte Kind nicht bloß vermöge Edicts, sondern auch schon nach dem ältern Civilrechte, *exemplo patroni, ab intestato beerbte*⁴⁰⁾, so erhielt er auch die Tutel über das Kind, wenn es noch unmündig war⁴¹⁾. Auch diese *tutela parentum*, so wie sie nach der Analogie des Patronatverhältnisses durch Interpretation

39) S. Unterholzner's Abhandl. über die *Manumissio per vindictam* und die *emancipatio* (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. B. 2. Nr. V. S. 160. ff.

40) GAJUS *ibidem* §. 192. MODESTINUS *L. 10. D. de suis et legitim. heredibus. L. 1. pr. et §. 1. D. Si a parente quis manumissus. L. 2. Cod. de Scto Tertull.* (VI. 56.) S. Zimmern über *fiduciaria tutela*, in Neustetel's und Zimmern's römischrechtlichen Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. 1. B. (Heidelberg 1821.) Nr. VIII. S. 149. ff.

41) S. SCHELTINGA *Diss. de Emancipationib. P. II. §. 15.* bey FELLEBERG pag. 129. Als bloßer Cognat konnte der Vater nicht *legitimus tutor* seines Kindes seyn, wenn ihm gleich der Prätor in dieser Eigenschaft eine *honorum possessio* gab. Denn eine *legitima tutela* kann keinem Andern zustehen, als welcher *ex Lege* oder *iure legitimo* den Pupillen beerbt. *Ex Edicto Praetoris* wird daher keine *legitima tutela* beferirt. Nur in der Eigenschaft eines Patronus, in welcher er ein *Civilrecht* hatte, konnte also der Vater *legitimus tutor* seines emancipirten Kindes seyn. S. *Jos. Fernand. de Ruris Opusculor. Lib. I. Cap. 7. nr. 1.* (in *Thes. Meerman. Tom. VI. pag. 41.*) auch *Jac. Cujacii Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXX. Libri V. de legitima tut.*

ist ausgebildet worden, wird daher ausdrücklich legitima genennt⁴²⁾. *Fiduciaria* konnte diese Tutel schon darum nicht genennt werden, weil hier der parens manumissor nicht aus einem in ihn gesetzten Vertrauen handelte, indem mit ihm kein pactum fiduciae geschlossen ward, sondern er vielmehr auf diese Weise den Käufer seines Kindes verpflichtete⁴³⁾. Für die legitima tutela des parens manumissor sprechen vielmehr folgende Beweise.

GAJUS *Comment. I. §. 175.* PATRONI autem LOCO habemus etiam parentem, qui in (*mancipio datam, et*⁴⁴⁾ sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumissione LEGITIMAM TUTELAM nactus est.

42) GAJUS *Comm. II. §. 122.*

43) Anderer Meinung ist zwar Thibaut in den civilistischen Abhandlungen. Nr. XII. S. 286. wegen ULPIAN *Fragm. Tit. XI. §. 5.* Allein Ulpian spricht hier nicht vom parens manumissor, sondern von demjenigen, welcher entweder dem Vater, der die patria potestas hat, oder dem coemptionator, der die manus hat, ein liberum caput abkauft, und solches nach erlangtem mancipium selbst freyläßt. Hätte er das Kind seinem leiblichen Vater wieder remancipirt, und dieser solches manumittirt, so würde derselbe kein fiduciarius, sondern ein legitimus tutor seyn, wie sich aus allen oben angeführten Gesetzstellen und Zeugnissen des Gajus und Justinians ergibt. S. die Römischrechtlichen Untersuchungen für Wissensch. und Ausübung von Meussetel und Zimmern. 1. B. Nr. VIII. S. 145. und Gans Scholien zum Gajus. Schol. IV. S. 197.

44) So scheint die Lücke in dieser Stelle des Gajus nach Maasgabe des §. 172. ergänzt werden zu müssen. Ob schon in der neuen Ausgabe des GAJUS pag. 81. lieft *mancipatam.*

L. 3. §. ult. D. h. t. ULPIANUS libro XXXVIII. ad Sabinum. Si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem vel deinceps, impuberes, quos in potestate habeat, emancipet: vicem LEGITIMI TUTORIS sustinet.

GAJUS Comm. I. §. 172. Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint: quod etsi placeat, in parente tamen, qui filiam, neptemve, aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et LEGITIMUS TUTOR habeatur: et non minus huic, quam patronis, honor praestandus est.

JUSTINIANUS §. un. Inst. de legitima parentum tutela. (l. 18.) EXEMPLO PATRONORUM recepta est et alia tutela, quae et ipsa LEGITIMA vocatur. Nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, et deinceps, impuberes emancipaverit, LEGITIMUS EORUM TUTOR ERIT.

L. 5. C. de dolo malo (ll. 21.) Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS. Si superstite patre per emancipationem tui iuris effecta, matri successisti, rebusque tuis per LEGITIMUM TUTOREM PATREM, eundemque MANUMISSOREM administratis, postea transegisti cum eo bona fide, etc.

§. 1316. b.

5) Fiduciarii tutores.

Soviel endlich 5) die fiduciarii tutores anlangt, so haben sich zwar auch diese, wie Ulpian⁴⁵⁾ sagt, per

45) *Fragm. Tit. XI. §. 5.* Qui liberum caput mancipatum

similitudinem patroni gebildet, sie werden aber von den legitimis tutoribus ausdrücklich unterschieden⁴⁶⁾. Wer sind nun aber diese fiduciarii tutores⁴⁷⁾? In den Institutionen des Kaisers Justinian Lib. I. Tit. 19. werden die Söhne desjenigen, welcher einen unmündigen Descendenten, Sohn, oder Tochter, Enkel oder Enkelin, u. s. w. selbst manumittirt hat, *fiduciarii tutores* genannt, wenn sie nach dem Tode des Vaters die Tutel über das emancipirte Kind erhalten. Der *parens manumissor* war eigentlich der legitime Vormund seines emancipirten unmündigen Kindes, wie bereits gezeigt worden ist. Er hatte durch die Manumission alle Rechte eines wahren Patronus über das Kind erhalten, weil es unbillig, ja widersinnig gewesen wäre, dem Vater weniger Rechte zu gestatten, als dem manumissor eines Slaven, *cum non minus huic, quam patronis honor praestandus sit*, wie Gajus⁴⁸⁾

sibi, vel a parente, vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur.

46) GAJUS *Comment. I.* §. 172.

47) Man vergleiche *Ge. Christ. GEBAUER Excurs. ad cap. un. J. de fiduciaria tutela: adj. EJVSDRM Ordini Institution. Justinian. Exc. V. pag. 304. — 334.* Ant. Frid. Just. Thibaut *Abhandl. über die Beschaffenheit und den heutigen Gebrauch der fiduciaria tutela; (in Desselben civilistischen Abhandlungen. Heidelberg. 1814. Nr. XII. S. 285. — 304.)* Zimmermann über die *fiduciaria tutela*, in Desselben *römisches Rechtl. Untersuchungen. 1. B. Nr. VIII. S. 142 — 154.* Freyh. von Brodborff *Institutionen, Commentare des Gajus. 1. B. Lib. I. zum §. 166. S. 621 — 639. und Ed. Hans Scholten zum Gajus. IV. Schol. S. 195 — 200.*

48) GAJUS *Comm. I.* §. 172. *in fin.*

sagt. Allein die Kinder des emancipirenden Vaters hatten nach dem Tode desselben nicht eben die Rechte, wie die Kinder eines Patronus. Zwar giengen nach dem Tode des Vaters, in dessen Gewalt sie zur Zeit seines Todes noch waren, die Patronatrechte, und also auch die Tutel auf sie über; allein eine eigentliche legitima tutela, wie die des verstorbenen Vaters war, konnte die auf die Söhne desselben übergegangene Tutel schon darum nicht seyn, weil die Kinder des verstorbenen patris manumissor vor dem Kaiser Anastasius kein civilrechtliches Successionsrecht hatten⁴⁹⁾, und daß auf sie übergegangene Patronat des Vaters in ihrer Person nicht mit der vollkommenen Ausübung der Vorrechte, welche die Tutel der Patrone mit sich führt, verbunden war, also mehr nur ein formelles, oder Quasipatronat genennt werden konnte. Deswegen sagt Gajus⁵⁰⁾ von den Kindern des emancipirenden Vaters, *fiduciarii tutoris loco numerantur: patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit*. Indem also hier den Kindern des Patronus dieselbe Tutel zugeschrieben wird, welche auch ihr Vater hatte, so folgt hieraus vermöge eines nothwendigen Schlusses a contrario, daß die Kinder des parentis

49) L. 1. §. 5. D. Si a parente quis manumissus. (XXXVII. 12.) Liberos autem manumissoris non venire ad contra tabulas honorum possessionem filii emancipati constat, quamvis patroni veniant. S. Jan. a Costa Franc. HOTOMAN, und Ev. Otto Commentar. ad Tit. Institut. de fiduciaria tutela. Außerdem Franc. Car. CONRADI de pacto fiduciae Exerc. I. §. 6. und GEBAUER cit. Excurs. §. III. pag. 317. Besonders ZIMMERN a. a. D. S. 250. f.

50) Instit. Comment. I. §. 175.

manumissoris nicht eben die Tutel, wie ihr Vater, erhalten. Die Tutel des Vaters mußte also eine legitima seyn, während die Tutel der Kinder nur eine fiduciaria war.

Welche Personen nun die fiduciaria tutela haben, darüber enthalten die Institutionen folgende Belehrung. In diesen lautet der Tit. de fiduciaria tutela (l. 19.) folgendermaßen.

Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur: nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem, vel deinceps, impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi virilis sexus ei extant, fiduciarium tutores filiorum suorum⁵¹⁾, vel fratris, vel sororis, et ceterorum efficiuntur. Atqui⁵²⁾ patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque eius legitimi sunt tutores; quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum eius sui iuris efficeretur, nec in fratrum potestatem re-

51) Franc. BALDUINUS in Comment. ad Tit. Instit. de fiduciaria tut. hält die Worte *filiorum suorum* für einen Zusatz, der aus eines alten Auslegers Scholie genommen sey. Halsander, Ruffard, und Baudoza Cestius haben sie daher in ihren Ausgaben, so wie die Worte *et ceterorum*, weggelassen. Allein diese Meinung wird durch die Paraphrase des Theophilus widerlegt. Die ältere gemeine Lesart hat aus mehreren Gründen Thibaut in der angef. Abhandl. S. 288. ff. vertheidiget.

52) *Atqui*, oder wie einige alte Ausgaben lesen, *atquin* steht hier für *At enim*, wie HOTOMAN in Comm. ad h. Tit. bemerkt. Es soll hier einem Einwurfe begegnet werden

cideret: ideoque nec in tutelam ³³). Libertus autem, si servus mansisset, utique eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus esset.

55) Die Worte *ideoque nec in tutelam* versteht HOTOMAN c. l. so, nämlich in *tutelam fratrum recideret filius emancipatus*. Dieß sey nun aber offenbar falsch. Denn wäre keine Emancipation geschehen, so wäre der große jährige Bruder legitimus tutor seines unmündigen Bruders geworden. Die gedachten Worte müßten daher, als Bemerkung eines unwissenden Glossators, weggestrichen werden. Denn ohne Zweifel wäre der Unmündige in die legitime Tutel seines Bruders gekommen. L. 3. C. de Exception. (VIII. 36.) L. 19. §. 1. D. ad SCt. Vellej. (XVI. 1.) L. 1. D. h. t. L. 9. §. 1. D. de tutelae et ration. distrah. (XXVII. 3.) Allein der ganze Zusammenhang lehrt, daß unter der Tutel die legitima tutela zu verstehen sey, welche der emancipirende Vater hatte, wie auch Franc. BALDUINUS in Comm. ad h. Tit. bemerkt hat. Denn so wie die väterliche Gewalt nicht auf die Kinder erblich übergeht, so auch nicht das ius emancipationis ac legitimae tutelae, welches daraus entsteht. Es ist daher eine ganz unnöthige Emendation, wenn Ge. D' ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. (Leovardiae 1744. 4.) Lib. I. Cap. 13. §. 2. pag. 85. sq. lesen will: *ideoque nec in tutelam ILLAM*. Er meint zwar THEOPHILUS begünstige seine Erklärung und Conjectur, welcher so paraphrasirt: διὸ οὐδὲ τὴν αὐτὴν ἔξει ἐπιτροπὴν ὁ παῖς τοῦ ἐμαγκιπατεύσαντος, i. e. *Ideo neque filius emancipatoris BANDEM habebit tutelam*. Allein daraus folgt nicht, daß Theophilus in seinem Exemplar so gelesen habe, sondern Er suchte durch das τὴν αὐτὴν nur den wahren Sinn des Kaisers seinen Schülern deutlicher zu erklären, wie auch schon Jo. Bernh. KOEHLER in Animadversion. ad quaedam Institutionum loca, welche er seiner Ausgabe der

Zur Erläuterung dient hier vorzüglich die Paraphrase des Theophilus, welche nach der Reizischen Uebersetzung so lautet.

Praeter dictas tutelae est etiam alia, quae vocatur *fiduciaria*. Si enim filium meum aut filiam, vel nepotem aut neptem, vel pronepotem aut proneptem, cum impuberes essent, emancipavero, Ego — *legitimus eorum tutor* fio. Nam manumissor liberi capitis, *ad similitudinem eius, qui ex vera servitute manumittit, ad tutelam* vocabitur.

Si vero accidat, ut Ego moriar, habens liberos masculos, hi fient *tutores fiduciarii* impuberis, cuius per emancipationem tutor legitimus factus eram.

Evenit autem, ut non solum frater fratri fiat tutor fiduciarius, sed et patruus fratris filio, et pater filio. Et frater quidem fratri sic: Habebam duos filios, alterum viginti quinque annorum, aut maioris etiam aetatis, alterum impuberem. Impuberem emancipans, tuebar eum tanquam *legitimus*. Me mortuo, frater perfectae aetatis erit *tutor eius fiduciarius*.

Patruus autem fratris filio, quo modo? Habebam filium, maiorem viginti quinque annis, et ne-

Institution. ex recens. Jac. Cujacii Goett. 1772. 8. beygefügt hat, pag. 224. gegen D' ARNAUD erinnert hat. Eben so hat auch WALCH ad Hoppii Comment. in Institut. h. T. not. c. pag. 169. die Meinung des Hotoman's mit Recht verworfen. Man sehe auch Guil. Otto Ritz ad Theophili Paraphr. graec. Lib. I. Tit. 19. Not. i. pag. 163.

potem aut nepotem ex filio mortuo. Emancipavi nepotem. Ego quidem, ut *legitimus*, tutor ero: post meam vero mortem patruus, ut *fiduciarius*, tuebitur.

Pater filio hunc in modum: Habebam filium majorem viginti quinque annis, atque ex eo nepotem impuberem. Nepotem emancipavi. Ego quidem, ut *legitimus*, tuebor, post me autem pater, ut *fiduciarius*, tuebitur.

Sed possit aliquis dicere: Curnam patroni quidem liberi legitimi tutores dicuntur, at horum patrum liberi, qui impuberes emancipaverunt, differunt appellatione? Illi enim dicuntur tutores *legitimi*, at liberi horum *fiduciarii*. Sed ratio haec est: nisi evenisset, ut superstes Ego meum filium sui iuris fecissem, morte mea fit sui iuris, non recidens in fratris sui aut patris potestatem. *Ideo neque filius emancipatoris eandem habebit tutelam, sed vocabitur fiduciarius.* Libertus autem, nisi manumissus esset, sed in servitute mansisset, omnino servus fieret liberorum defuncti.

Nach den Institutionen und der Erklärung des Theophilus sind also tutores fiduciarii

1) der eigene Vater des emancipirten Kindes, in dem Falle nämlich, da der Großvater einen unmündigen Enkel emancipirte, desselben Vater aber, als seinen, des Großvaters Sohn, in seiner väterlichen Gewalt behielt. Hier war der Großvater, so lang er lebte, des emancipirten Enkels legitimer Tutor, nach dessen Tode aber ist der Vater desselben fiduciarischer Vormund.

2) Die großjährigen Brüder des emancipirten Kindes. Derselben gedenkt insonderheit Modestini *libro quarto Differentiarum*, woraus die *L. 4. D. h. t.* genommen ist. Da heißt es:

Quo (sc. parente emancipatore) defuncto, si liberi perfectae aetatis existant, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur.

Dieses Gesetz steht mit dem unmittelbar vorhergehenden §. 3. der *L. 3. h. t.* welche aus *Ulpian's lib. XXXVIII. ad Sabinum* genommen ist, in der genauesten Verbindung. Aus beyden Gesetzstellen ist der *Tit. Inst. de fiduciaria tutela* hauptsächlich geschöpft. Die Worte *perfectae aetatis* halten viele ⁵⁴⁾ für interpolirt. Tribonian soll sie den Worten *virilis sexus* in den Institutionen substituirt haben, weil Justinian der erste gewesen, welcher die Zulassung zur Tutel vor dem Eintritt der Großjährigkeit bey der gesetzlichen Vormundschaft verboten habe ⁵⁵⁾. Er berufe sich auch selbst auf seine Constitution in dem Titel *de fiduciaria tutela* seiner Institutionen, in welchem er am Schlusse sagt:

Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectae aetatis sint: quod nostra Constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari praecepit.

54) G. Jac. Cujacii Notae ad Institution. Tit. de fiduciaria tutela. Jo. Jac. Wissenbach Emblem. Triboniani. Cap. IV. p. 75. (edit. Heineccii Halae 1756. 8.) besonders Jo. van Nispen Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiar. supersunt. Cap. V. §. Tractatui, (in Oelrichs Thes. Dissertation. iurid. select. in Academ. Belgic. habitat. Vol. I. Tom. I. pag. 39. sqq.)

55) *L. ult. Cod. de legitima tut.*

Dagegen wenden jedoch diejenigen ein, welche den Tribonian von diesem Vorwurfe einer Interpolation zu befreien suchen ⁵⁶⁾, der Ausdruck *perfecta aetas* habe Beziehung auf jenen alten Volksschluß, der unter dem Namen *Lex Laetoria*, richtiger *Plaetoria* bekannt sey, und ein Alter von fünf und zwanzig Jahren zur Großjährigkeit bestimmt habe. Dieses Alter hätten die Röm. Rechtsgelehrten verstanden, wenn der *legitimus tutor* die Bürde der Vormundschaft habe wirklich übernehmen sollen; wohl aber habe die Tutel dem *legitimus tutor* noch vor dem Eintritt dieses Alters deferirt werden können, wie Justinian in seiner Constitution selbst sage. Dieß sey der Sinn der Worte des Modestinus: *fiduciarii tutores fratris vel sororis EFFICIUNTUR*. Modestinus spreche also bloß von dem Zeitpunkt der Delation. Für die Meinung, daß die Röm. Rechtsgelehrten, wenn sie von dem *legitimus tutor* die *perfecta aetas* erfordern, von der Zeit der wirklichen Uebernehmung der Tutel sprechen, habe ich mich schon oben ⁵⁷⁾ erklärt.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie Ju

56) *S. Reinh. BACHOVIVS in Comm. ad §. 13. Institut. de excusat. tutor. Hieronym. de Oroz de Apicibus iuris civ. (Lugduni 1661. f.) Lib. V. Cap. 7. nr. 8. pag. 377. Jo. WYBO de Triboniano ab Emblematis WISENBACHII liberato. Cap. IV. §. 19. pag. 309. edit. Heinecc.*

57) *S. §. 1515. S. 559. und Not. 91. Nach der Verordnung des R. Justinian (Not. 55.) wird zwar der Minderjährige, als nächster Agnat, Erbe, aber nicht mehr ipso iure Vormund, sondern die Tutel wird, mit Uebergehung desselben, dem folgenden Agnaten deferirt. S. Jac. COJACII Recitation. solemn. in Cod. ad Tit. XXX. Libr. V. de legitima tut. circa fin.*

stinian die Söhne des emancipirenden Vaters, welche nach dessen Tode die Tutel über das emancipirte unmündige Kind erhalten, habe *fiduciarii tutores* nennen können, da sie doch schon seit Anastasius ihrer emancipirten Geschwister Intestaterben geworden waren, und daher die Tutel der Geschwister vom R. Anastasius selbst eine *legitima tutela* genannt wird? Wir haben zwar diese Constitution selbst nicht mehr, allein da uns Justinian⁵⁸⁾ darauf verweist, so stand sie gewiß in seinem ersten Codex, und verschwand wegen Justinians erweiternder Constitution⁵⁹⁾ in der *repetita praelectio*. Anastasius aber beruft sich selbst darauf in der *L. 4. Cod. de legitima tutela*, welche folgendermassen lautet:

Frater emancipatus, qui in germani sui vel sororis successione omnes inferiores seu prolixiores gradus non tantum cognatorum sed etiam agnatorum antecedere a nobis pro nostra dispositione iussus est, etiam ad legitimam fratrum et sororum, nec non liberorum fratrum tutelam, quasi minime patris potestate per ius emancipationis relaxatus, si non alia iuri cognita excusatione munitus sit, vocari: nec sub praetextu capitis deminutionis alienum ab huiusmodi onere semetipsum esse contendere sancimus.

Da in dieser Constitution auch insonderheit der Bruders Kinder Erwähnung geschieht, so war die Tutel des

58) §. 1. *J. de success. cognator.* §. ult. *J. de gradib. cognat.* L. 15. §. 1. *C. de legitim. hered.*

59) L. 13. §. 1. et 2. L. 15. *C. cit.* S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 82. der 2. Aufl. S. 287. ff.

Oheim's nicht minder eine legitima tutela, und doch wird auch der patruus nur für einen fiduciarius tutor gehalten, wie aus der Paraphrase des Theophilus ganz deutlich erhellet.

Man hat das Räthsel auf verschiedene Art zu lösen gesucht. Cujaz ⁶⁰⁾ meint, die Constitution des Anastasius rede von einem ganz andern Falle, als Justinian, nämlich von dem Erbrechte und der Tutel eines emancipirten Bruders in Ansehung eines solchen unmündigen Geschwisters, welches in der väterlichen Gewalt geblieben ist; während Justinian von einem solchen Bruder rede, der in der väterlichen Gewalt geblieben, und nach dem Tode seines Vaters fiduciarius tutor seines emancipirten unmündigen Bruders wird. Auf diesen Fall gehe die Constitution des Kaisers Anastasius nicht, sondern hier trete bloß das Edictum *unde cognati* ein. Joseph Fernandez *De Retes* ⁶¹⁾, der dem Cujaz beystimmt, hat auch ausführlich zu zeigen gesucht, daß gerade in dem Falle, von welchem Anastasius spricht, nämlich, wenn ein emancipirter Bruder einen solchen Bruder ab intestato beerben will, der in der Familie des Vaters geblieben ist, die Constitution desselben nöthig gewesen sey, weil sonst dem emancipirten Bruder, als einem bloßen Cognaten, alle Agnaten, nahe und entfernte, nach dem ältern Rechte vorgegangen wären ⁶²⁾, welches eben Anastasius, bloß die Bande des Bluts berücksichtigend, ob-

60) Notae prior. ad Institut. Tit. de fiduciaria tutela.

61) Opusculor. Lib. I. Cap. 7. §. 4. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 42.)

62) L. 5. D. *Unde cognati* L. 1. D. *de suis et legitim. heredib.* ULP. *Fragm. Tit. XXVI. §. 1.*

wohl im Falle der Concurrrenz mit andern Geschwistern in der Größe des Erbtheils etwas beeinträchtigt, durch seine Constitution abgeändert habe. Dahingegen sey in dem Falle, da von der Intestatbeerbung eines emancipirten Bruders die Rede ist, dem in der Familie gebliebenen Bruder schon das Edictum *unde cognati* hinlänglich zu statten gekommen, und folglich die Constitution des Kaisers Anastasius überflüssig gewesen. Da nun der Prätor den Bonorum possessor nicht zur Tutel verpflichtete, der in der väterlichen Gewalt gebliebene Bruder aber hier nicht *ex constitutione ANASTASII legitimus heres* war, so habe die Tutel, welche derselbe nach dem Tode des Vaters über das emancipirte unmündige Geschwister erhielt, keine andere, als eine *fiduciaria tutela* seyn können.

Unsere neueren⁶³⁾ haben wohl das Räthsel am natürlichsten gelöst, wenn sie sagen, die Verfasser der Institutionen wären in der Darstellung dieser Lehre bloß ihrem Muster gefolgt, denn Gajus konnte freylich davon keine Ahnung haben, was nach Jahrhunderten Anastasius verordnen würde, daher werden auch in den Pandecten die Söhne des emancipirenden Vaters, in Rücksicht der nach dem Tode desselben zu übernehmenden Tutel, vom Modestin⁶⁴⁾ *fiduciarii tutores fratris vel sororis* genennt.

In der Constitution des Kaisers Anastasius wird aber auch die Tutel des Vatersbruders über seinen Neffen eine *legitima* genennt. Allein in den Institutionen ist

3) der Vatersbruder, der nach dem Tode seines

63) S. Thibaut angef. Abhandl. S. 295. und Zimmern angef. Abhandlung. S. 247. a. E.

64) L. 4. D. h. t.

Vaters die Vormundschaft über seinen unmündigen Neffen erhält, unter den *fiduciarii tutores* begriffen. Darauf deutet vorzüglich das *et ceterorum* hin, wie aus der Paraphrase des Theophilus erhellet, in welcher diese Worte auf folgende Art erläutert werden. Ich habe einen Sohn, der älter ist, als fünf und zwanzig Jahre, und einen Enkel, oder eine Enkelin von einem verstorbenen Sohne. Den Enkel habe ich emancipirt. Hier werde ich legitimer, nach meinem Tode aber mein anderer Sohn *fiducarius tutor* seyn, und dieser ist der Oheim des emancipirten Kindes. Da jedoch Justinian in dem Vorsatze, wo er von der *legitima tutela parentis manumissoris* handelt, nicht bloß der Kinder des ersten Grades, sondern auch der Enkel, ja Urenkel gedenkt; so sind auch hier unter den *ceteri* des Bruders Kinder und Enkel zu verstehen ⁶⁵⁾, und es erhellet hieraus zugleich, daß die Worte *et ceterorum* nicht, wie in mehreren alten Ausgaben geschehen ist, weggelassen werden dürfen, weil nicht abzusehen wäre, warum sich die *fiduciaria tutela*, da sie unläugbar der *tutela patronorum* ist nachgebildet worden, mit den Brüdern hätte endigen sollen.

Die Ordnung, wie die *fiduciaria tutela* nach des emancipirenden Vaters Tode übertragen wurde, war also nach den Institutionen folgende. Deferirt ward sie zuerst dem Vater des vom Großvater emancipirten Enkels, dann den Brüdern des emancipirten Kindes, dann dem Oheim, oder Großoheim ⁶⁶⁾.

65) Cujacius Not. ad Instit. Tit. de fiduciar. tutela, und Wesenbec Comment. ad eund. Tit. nr. 3.

66) S. Thibaut angef. Abhandlung. S. 294 f. Nr. III. Glücks Erläut. d. Pand. 29. Th. U a

Wenn R. Anastasius in der oben angeführten L. 4. C. de legitima tutela auch schon der Brüder Kinder gedenkt, und die Tutel über dieselben eine legitima nennt, so ist schon von andern ⁶⁷⁾ bemerkt worden, daß die Worte: *nec non liberorum fratrum* aus der neuern Verordnung des Kaisers Justinian L. ult. §. 3. et 4. Cod. de legitimis heredibus interpolirt worden sind. Denn Kr. Anastasius gab nur den emancipirten Geschwistern ein gesetzliches Erbrecht, nicht den Kindern derselben, und ersteren auch nur mit einer bedeutenden Verminderung derjenigen Portion, die sie erhalten haben würden, wenn sie nicht emancipirt worden wären, nämlich in dem Falle, da sie mit nicht emancipirten Geschwistern concurrirten ⁶⁸⁾; und wegen dieses Erbrechts hatte sie auch Anastasius der Last der Vormundschaft unterworfen ⁶⁹⁾. Erst Justinian erweiterte die Lex Anastasiana dergestalt, daß nicht nur die emancipirten Geschwister die nicht emancipirten mit gleichem Rechte, und ohne alle Verkürzung ihres Erbtheils beerben sollten, sondern daß auch den Kindern derselben, jedoch nur den Söhnen und Töchtern der Geschwister, ein gleiches Erbrecht mit den Kindern der nicht emancipirten Geschwister zustehen sollte ⁷⁰⁾. Es sollten aber auch diese Personen, deren Erbrecht Justinian

67) Man sehe hier vorzüglich Gerl. SCHELTINGA Diss. de Emancipationibus. P. II. §. 14. (in Dan. FELLEBERG Jurisprud. antiqua Tom. II. pag. 528 sq.)

68) §. 1. J. de success. cognator. THEOPHILUS Paraphr. ad h. §. S. meine Intestaterbfolge §. 82. S. 288.

69) L. 5. C. de curatore furiosi. (V. 70.)

70) L. 15. §. 3. C. de legitim. heredib. (VI. 58.) S. die Erbt. der Intestaterbfolge. §. 115.

auf diese Art erweitert hatte, und also der Vatersbruder über seines emancipirten Bruders, oder seiner emancipirten Schwester Sohn oder Tochter die Tutel übernehmen, ut non solum lucrum sentiant, sed etiam gravamini subjungentur ⁷¹).

Nun entsteht aber die Frage, warum die Söhne des emancipirenden Vaters, wenn sie nach dem Tode desselben die Tutel über das von demselben emancipirte unmündige Kind erhielten, nicht eben so, wie die Söhne des Patrons, legitimi tutores genannt wurden, da doch die Tutel des emancipirenden Vaters eben so, wie die Tutel des Patrons, ausdrücklich eine legitima tutela genennt wird? Die Institutionen geben darüber in den Worten: *Atqui* ⁷²)

71) *L. cit. 15. §. 4. C. de legit. hered.*

72) *B i e n e r* liest *atque*, in Verbindung mit dem Vorhergehenden. Allein offenbar soll hier einem Einwurfe begegnet werden, der hier gemacht werden könnte. Dieß ergibt sich auch aus der Paraphrase des *Theophilus*. In dieser heißt es: *Αλλ' ἔχει τις εἰπεῖν, τί δήποτε etc. i. e. Sed possit aliquis dicere, curnam etc.*; und auch hier fängt eine neue Periode an. Die Lesart *ατρε* ist daher offenbar unrichtig, welche ich auch in keiner einzigen meiner glossirten und un glossirten Ausgaben gefunden habe. Mit Hülfe der Paraphrase des *Theophilus* ist nun auch diese von mehreren Auslegern für schwierig, ja vom *Hotoman* für verstümmelt gehaltenen Stelle leicht zu erklären. Der Sinn ist folgender. „Allein, könnte man einwenden, wenn der Patron, als legitimer Vormund seines Freigelassenen stirbt, so sind ja auch desselben Kinder legitimi tutores. Warum ist es nun bey den männlichen Descendenten des emancipirenden Vaters anders? Der Grund dieses Unterschie-

patrono etc. mit welchen *Cujaz* mit Recht eine neue Periode anfängt, folgende Aufklärung. Man könne, sagen sie, die Kinder des emancipirenden Vaters darum nicht, wie die Kinder des Patrons, *legitimi tutores* nennen, weil auf die letzteren, ohne *Manumission* des Sklaven, das Eigenthum und die herrschaftliche Gewalt würde übergegangen seyn, auf die Kinder des emancipirenden Vaters aber, ohne *Emancipation*, nicht die väterliche Gewalt desselben, sondern das Kind würde nach dem Tode des Vaters *sui iuris* geworden seyn. Nicht alle Ausleger hat jedoch diese Art der Auflösung unsers Problems befriedigen wollen. Man hat dagegen eingewendet, der angeführte Grund sey nur zum Theil wahr. Er passe nicht auf die *fiduciaria tutela patris*, weil ja der Enkel, wenn er von dem Großvater nicht wäre emancipirt worden, nach dem Tode desselben, in die Gewalt seines Vaters gefallen

des beruht darin.“ — *GEBAUER* cit. *Excurs.* pag. 512. meint, nach den Worten: *legitimi sunt tutores*, hätte noch hinzugefügt werden sollen: *qui itaque fit, ut patre, pariter legitimo tutore, mortuo, liberi eius non legitimi, sed fiduciarü sint dicanturque tutores? Hoc autem ideo fit, quoniam filius quidem defuncti etc.* Allein man hat deswegen nicht nöthig, die Abschreiber hier einer Nachlässigkeit zu beschuldigen. Denn die nämliche Art, wie hier *Justinian* einem Einwurfe begegnet, findet sich auch beym *TACITUS Annal. Lib. XIV. cap. 44.* wie *Ant. MATTHÆI* in *Comm. ad h. l. Institution.* bemerkt hat. *DONELLUS Commentarior. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 9. in fin.* führt ein ähnliches Beispiel aus *L. 68. D. de hered. instit. an.* Man sehe auch *Car. Frid. WALCH* ad *Hoppü Comment. h. t. not. b. pag. 168. sq.*

wäre ⁷³⁾. So Cujaz ⁷⁴⁾, dem auch Bultejus ⁷⁵⁾, Fabrot ⁷⁶⁾, Joseph Merius ⁷⁷⁾, Everard Otto ⁷⁸⁾, Arnold Binnius ⁷⁹⁾, Janus a Costa ⁸⁰⁾ und Carl Fried. Walch ⁸¹⁾ gefolgt sind. Gebauer ⁸²⁾ will aber Justinians Grund auch nicht einmal bey der *fiduciaria fratrum tutela* gelten lassen, weil darauf gar nichts ankomme, ob der Pupill nach dem Tode seines Manumissor, sofern keine Manumission oder Emancipation Statt gehabt hätte; in die Gewalt seines Vormundes gefallen wäre, oder nicht. Eben so Thibaut ⁸³⁾. Andere hingegen, besonders Donellus ⁸⁴⁾,

73) *Pr. J. Quib. mod. ius P. P. solvitur.*

74) *Not. prior. ad Tit. Inst. de fid. tut.*

75) *Comm. ad eund. Tit. pag. 118.*

76) *Ad Theophili Paraphras. h. t. Not. i. edit. Reitz. pag. 162.*

77) *Analector. Lib. II. Cap. 17. (in Thes. J. R. Ottonian. Tom. II. pag. 427.)*

78) *Notae criticae et Commentar. ad Institut. Tit. de fid. tut. n. 6.*

79) *Comm. ad Institut. h. t.*

80) *Comm. ad h. Tit. Institut.*

81) *Ad Hoppii Comm. ad Institut. h. t. not. d. pag. 169.*

82) *Cit. Excurs. ad h. Tit. Inst. §. III. Ord. Institution. pag. 515.*

83) *Musef. Abhandl. S. 292.*

84) *Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 8. Vol. II. pag. 60. edit. Koenig.*

Anton Faber ⁸⁵⁾, Franz Bröus ⁸⁶⁾, Emund Merrillius ⁸⁷⁾, Reinh. Bachov ⁸⁸⁾ und Jos. Fernand. de Retes ⁸⁹⁾, haben Justinian's Erklärung in beyden Fällen zu rechtfertigen gesucht. Sie passe, sagt man, auch auf den Vater, der nach dem Tode des Großvaters über den von demselben emancipirten Enkel, als sein Kind, die fiduciarische Tutel erhält. Denn wäre auch der Enkel nach dem Tode des Großvaters in die Gewalt seines Vaters gefallen, wenn keine Emancipation erfolgt wäre, so würde er doch diese Gewalt nicht iure successionis, wie der Sohn des Patrons nach dem Tode seines Vaters die herrschaftliche Gewalt über den Freigelassenen, wenn er nicht wäre manumittirt worden, erhalten hätte, sondern proprio patris iure bekommen haben, wenn er auch wäre enterbt worden. Der Unterschied zwischen dem Vater des Enkels und dem Sohne des Patrons sey also sichtbar, und daher auch kein Wunder, wenn der Vater nach dem Tode des Großvaters nicht in die Tutel desselben succedire; da die Gewalt nicht auf ihn übergehe, welche zu dieser Tutel die Veranlassung gegeben hat ⁹⁰⁾. Gesezt aber auch, fügt man hinzu, der von Justinian angeführte Grund passe nicht auf die fiduciaria tutela patris,

85) Jurisprud. Papinian. Scient. Tit. XII. Pr. II. Illat. 4. pag. 746. sq.

86) Exposit. in Justin. Institut. ad h. Tit. §. 6. pag. 159.

87) Comment. ad Institut. h. t. pag. 74.

88) Not. et Animadversion. ad Treutlerum. Vol. II. P. I. Diss. VIII. Th. 3. Lit. G. pag. 426.

89) Opuscul. Lib. I. Cap. 7. §. 9. (Th. Meerm. VI. p. 41.)

90) S. DONELLUS c. I. §. 9. VINNIUS c. I. und BALDUINUS Comment. ad Institut. h. t.

so müsse man bedenken, daß auch die Röm. Rechtsgelehrten nicht immer auf alle Fälle passende Gründe, besonders bey Sätzen bekannten Rechts, angeführt haben, die deswegen doch nicht verworfen werden dürften⁹¹⁾. Die meisten⁹²⁾ erklären jedoch den wahren Grund des Unterschiedes auf folgende Art. Das Gesetz der XII Tafeln, sagen sie, habe den Patron, so wie desselben Kinder, ausdrücklich zur Erbfolge des Freigelassenen, mithin auch folgerweise zur legitima tutela über denselben berufen. Des emancipirenden Vaters aber gedenken die XII Tafeln so wenig, als seiner Kinder. Man hielt es indessen für billig, dem Vater, *exemplo patroni*, ein Erbrecht in dem Vermögen des emancipirten Kindes einzuräumen⁹³⁾. So ließ sich nun also die Tutel des emancipirenden Vaters, wie die des Patrons, ihres Grundes wegen, auf die XII Tafeln zurückführen, und man konnte sie deswegen mit Recht eine legitima tutela nennen. Ein solches Civilerbrecht hatten hingegen die Kinder des emancipirenden Vaters nicht in dem Vermögen des emancipirten Kindes. Der Prätor gab ihnen zwar, als Cognaten, die *honorum possessio*. Aber wo keine legitima successio Statt findet, da konnte auch keine legitima tutela eintreten. Denn so wie der Prätor nicht kann *heredem facere*, wie Justinian sagt⁹⁴⁾, so auch keinen Tutor, weil Beydes tutela und hereditas civilrechtlich ist. Daher

91) S. VULTIUS *Comm. h. t. Jan. a COSTA Comm. ad eund. Tit. Institut. de RETES l. c. §. 9. in fin.*

92) S. WESSENBEC, *Jan. a COSTA, Ulr. HUBER, Ev. OTTO, Arn. VINNIUS in Comm. ad Institut. h. t. POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. h. t. Nr. IX. Not. n. Thibaut* angef. Abhandl. S. 295. u. a.

93) *L. 1. pr. D. Si a parente quis manumiss.*

94) §. 2. *J. de Bonor. possess.*

Konnte die Tutel, welche nach dem Tode des Emancipirenden auf dessen großjährige Söhne übergieng, keine legitima seyn. Warum hieß sie denn aber fiduciaria? Auch diese Frage wird von den Rechtsgelehrten verschiedentlich beantwortet. Daß die Benennung von dem Worte fiducia abstammt, hat keinen Zweifel. Dieß wird nun aber auf dreyerley Art erklärt. Einige⁹⁵⁾ erklären es von dem Vertrauen gegen diejenigen, denen diese fiduciaria tutela deferirt wird, wegen der Zuneigung gegen das emancipirte unmündige Kind. Andere⁹⁶⁾ von der fiducia, oder dem Vertrauen, welches bey dieser Tutel zum Grunde liege, es werde von den Rechten, welche in der Patronatstutel liegen, factisch kein Gebrauch gemacht werden. Die meisten⁹⁷⁾ verstehen jedoch darunter die lex oder das pactum fiduciae, welches nach dem ältern Rechte der Vater bey der Mancipation eines Kindes, das auf solche Art Anfangs wirklich verkauft wurde⁹⁸⁾, in der

95) DONELLUS Comm. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 7. (Vol. II. pag. 59. edit. Hoenig.) de REBUS Opusculor. Lib. I. cap. 7. (Thes. Meerm. Tom. VI. pag. 45.) Ant. MATTHAEI Comm. ad Instit. h. t. pag. 441. u. a.

96) Ed. Gans Scholten zum Gajus. IV. Schol. S. 198. f.

97) Gerh. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Exemplo patronorum. (T. II. Opp. pag. 547.) Reinh. BACHOV ad Treutlerum Vol. II. P. I. Disp. VIII. Th. 3. Lit. C. pag. 427. Herm. VULTEJUS Comm. ad Instit. h. T. pag. 118. Matth. WESENBERG Comm. pag. 202. Ev. OTTO Comment. ad h. Tit. nr. 3. Ge. Christ. GEBAUER cit. Excurs. pag. 305. sqq. und Zimmern angef. Abhandl. S. 148. und Gesch. des Röm. Privat. R. 1. B. 2. Abth. §. 233. S. 873.

98) S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 158. und Unterholzer von den Formen der manumiss. p. vindictam und der emancipatio. §. II. (in d. Zeit

Folge aber gewöhnlich nur zum Schein, (diciſ causa)⁹⁹⁾, mit dem Käufer ſchloß, wodurch er denſelben zur Manuſſion, oder zur Remanſipation verpflichtete. Sollte nämlich ein Sohn emancipirt werden, ſo konnte dieſes nach dem ältern Rechte anders nicht geſchehen, als wenn er zuvor in mancipium gegeben, und dann manumittirt worden war. So ſagt Ulpian¹⁰⁰⁾: *Liberi parentum potestate liberantur emancipatione, id est, si, posteaquam mancipati fuerint, manumissi sint.* Der Sohn kam dadurch zwar in eine Art von Sklaverey¹⁾; jedoch nicht ohne Berücksichtigung deſ urſprünglich freyen Standeſ der Perſon, obgleich daſ Verhältniß immer Nachahmung der potestas domini blieb²⁾. Der Käufer ac-

ſchrift für geſch. Rechtſwiſſ. 2. B. S. 158.)
Schweppe Röm. Rechtſgeſch. u. Rechtsalterth. S. 575.
auch Gaius Scholien z. Gaius 3. Ed. S. 152. ff.

99) Gaius *Instit. Comm. I.* §. 141. Jedoch hat ſich der wahre Verkauf der Kinder, neben der imaginaria mancipatio, auch noch zu Gaius Zeiten erhalten, wie auß mehreren Stellen deſſelben erhellet. Man ſehe *Corn. Jac. van Assen Adnotatio ad Institution. Gaii commentarios. Lib. I. (Lugd. Batav. 1826. 8.) ad §. 152. pag. 91. sq.*

100) *Fragm. Tit. X.* §. 1.

1) *Institution. Comm. I.* §. 125. beſonderſ §. 158. wo eſ heißt: *Si, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi, sui iuris fiunt.* S. van Assen *Adnotatio. ad h. §. 158. pag. 98. sq.*

2) Zimmermann *Geschichte 1. B. 2. Abth. §. 226.* Schweppe *R. Rechtſgeſch. §. 591. und §. 594.* S. auch *Ed. Bobking Commentat. de mancipii causis. (Berol'in. 1826. 8.) Cap. I. Art. I.*

quirirte zwar durch den Sohn, so wie man durch diejenigen erwarb, qui in potestate nostra sunt ³⁾, aber Sklavendienste konnte er nicht fordern, er durfte ihn auch nicht sklavisch behandeln, weil sonst die Injurienklage gegen ihn Statt fand ⁴⁾. Da diese Sklaverey nur als Durchgang zur Freyheit diente, so durfte der Sohn auch nur eine Zeitlang in *causa mancipii* gelassen werden ⁵⁾. Daher geschah die *Mancipation ea lege, ut manumittatur* ⁶⁾. Denn da eine solche Bedingung auch dem Verkaufe eines Sklaven beygefügt werden konnte ⁷⁾; so ist nicht zu glauben, daß es ein Vater der Willkühr des Käufers werde überlassen haben, wie lange er den Sohn in *mancipio* behalten wollte? Und so mußte denn der Sohn dreymal mancipirt, und dreymal manumittirt werden, wenn er frey werden sollte. An die erste und zweyte *Mancipation* konnte der Vater nur die Bedingung der *Manumission*, an die dritte aber die Bedingung der *Remancipation* knüpfen, so daß zuletzt der Vater selbst manumittirte, und die *Patronatrechte* gegen den emancipirten Sohn erlangte ⁸⁾. Wenn der Sohn nach der ersten und zweyten *Mancipation*

3) GAJUS *Commentar. II.* §. 90.

4) GAJUS *Comm. I.* §. 141.

5) GAJUS I. §. 141. *Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno, (oder wie CRAMER ließt minimo) momento, nisi scilicet ex noxali causa mancipentur.* S. van ASSEN *Adnotat. ad h.* §. pag. 102.

6) S. Zimmermann *angef. Abhandl.* S. 148.

7) *L. 5. D. de servis exportand. (XVIII. 7.)*

8) S. GEBAUER *cit. Excurs. pag. 506. sqq.* Zimmermann *Gesch. des Röm. Priv. R. 1. B. §. 225. und §. 235. S. 873. ff.*

wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel, welches ipso iure ⁹⁾ geschah, so blieben alle Agnations-Verhältnisse bestehen ¹⁰⁾. Daher fiel das von dem mancipirten Sohne nach dem ersten und zweyten Verkaufe gezeugte Kind in seines Großvaters Gewalt, wenn es auch gleich erst nach der dritten Mancipation war geboren worden ¹¹⁾; und das vom Vater in der Zwischenzeit gemachte Testament wurde durch den Rückfall des Sohns in die väterliche Gewalt rumpirt ¹²⁾; ja der mancipirte Sohn war ein *suus heres*, wenn er *ex prima secundave mancipatione* erst nach dem Tode seines Vaters war manumittirt worden ¹³⁾. Wenn aber der Sohn nach der dritten Mancipation dem Vater war remancipirt worden, so kam er nun nicht weiter in die väterliche Gewalt zurück ¹⁴⁾. Hierdurch waren alle Agnations-Verhältnisse gelöst ¹⁵⁾, und

- 9) GAJUS *Instit. Comm. I.* §. 152. THEOPHILUS *Paraphr. gr. Lib. I. Tit. 12.* §. 6. S. van Assen *Adnotat. ad* §. 152. pag. 93. sq.
- 10) BOETHIUS *Comment. in Topica CICERON.* cap. 5. *Civitas Romanae iure liberi retinentur in patrum arbitrio, usque dum tertia mancipatione solvantur.*
- 11) GAJUS *Comment. I.* §. 155.
- 12) GAJUS *Comm. II.* §. 141. ULPIANUS *Fragm. Tit. XXIII.* §. 3. in fin.
- 13) GAJUS *Comm. III.* §. 6. und *Mosaicar. et Romanar. Legg. Collat. Tit. XVI.* §. 2. (in SCHULTING *Jurispr. vet. Antejustin.* pag. 792.)
- 14) S. Gerl. SCHELTINGA *Diss. de Emancipationib. P. I.* Cap. 3. §. XI. (in FELLENBURG *Jurispr. antiq. Tom. II.* pag. 495.)
- 15) L. 5. §. 1. *D. de capite minutis.* PAULUS *lib. XI. ad Edictum.* *Emancipato filio — capitis minutio mani-*

nun erst, als remancipatus, konnte der Sohn die Freyheit erhalten. Nam liber manumitti non poterat, sagt Theophilus¹⁶⁾. Durch die Remancipation, die sich der Vater bey der dritten Mancipation ausbedungen hatte, erwarb nun derselbe, statt der durch den Verkauf verlorenen väterlichen Gewalt, wie Unterholzner¹⁷⁾ sagt, ein ius nexi, vermöge dessen er jetzt den Sohn selbst freylassen konnte, welches, wie bey Sklaven, per vindictam geschah¹⁸⁾, wodurch der Vater die damit ver-

festo accidit, cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. Das Testament, welches der Vater nach der dritten Mancipation noch vor der Remancipation gemacht hatte, ward daher nicht rumpirt, weil der Sohn nun nicht wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel. S. SCHBLINGA c. l. Eben so kam auch das Kind, was von einem zum dritten Male mancipirten Sohne war gezeugt worden, nicht in die Gewalt des Großvaters. Zwar behauptete Labeo, das Kind sey in dem Mancipium desjenigen, dessen Gewalt auch der Vater unterworfen sey. Allein der Gerichtgebrauch hatte den Grundsatz sanctionirt, daß das rechtliche Verhältniß des Kindes so lange unentschieden bleiben sollte, als sich der Vater in dem Mancipium befindet. Wird er dann manumittirt, so sollte das Kind unter seine väterliche Gewalt kommen; stirbt er aber während des Mancipiums, so soll es sui iuris werden. S. GAJUS l. §. 135. Dem Kinde wurde unterdessen ein Vormund gesetzt, wie bey einem solchen Kinde üblich war, dessen Vater sich in der Captivität befand. S. van Assen ad h. l. pag. 96. sq.

16) Paraphr. gr. Institution. Lib. I. Tit. 12. §. 6.

17) Angef. Abhandl. S. 162.

18) GAJUS l. §. 132. Man sehe hier van Assen Adnotatio ad h. §. pag. 95.

bundenen Patronatrechte erwarb. So war also die *lex fiduciae* bey der Emancipation der Söhne zweyfach, die der ersten und zweyten Mancipation beygefügte, verpflichtete den Käufer des Sohnes zur Manumission desselben, die der dritten aber zur Remancipation ¹⁹⁾.

- 19) *LIVIVS Lib. XLI. cap. 8.* und *GAJUS I. §. 140.* In der *Epitome Institution. GAIJ ex Breviar. Alaric. Lib. I. Tit. 6 §. 3.* (in *HUGO iur. civ. Antejust. Tom. I. p. 201.*) heißt es insonderheit: *Tamen quum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur, et a naturali patre manumittatur; ut si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius succedat.* Hiermit stimmt auch *JUSTINIAN §. 8. J. de legitima agnator success.* überein, wo er sagt: *Ad legitimam successionem vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat.* Ganz & Scholien zum *GAJUS §. 175.* meint zwar, daß, ohne ein besonderes pactum, schon in dem Scheinverkauf die *fiducia* gelegen habe, weil beyde gewußt, daß nur darum mancipirt wird, damit remancipirt werde. Allein *JUSTINIAN* lehrt a. a. D. es sey erst durch seine Constitution (*L. ult. C. de emanc. lib.*) eingeführt worden, *ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi SPECIALITER CONTRACTA FIDUCIA parens manumisisset.* Man sehe auch *L. 2. §. 15. D. ad SCt. Tertull.* und *THEOPHILUS Paraphr. gr. Lib. III. Tit. 2. §. 8.* Vergl. noch *JAC. GOTHOFREDUS Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissor. rescind. Lib. III. Tit. 2. Tom. I. pag. 292. edit. Ritter. Franc. Car. CONRADI de pacto fiduciae Exercit. I. §. 4 et 5.* und *J. G. H. STASS Diss. de contractu fiduciae ex veteris iuris Rom. principiis. Leodii 1824. 4.*

Die Lex fiduciae hinderte auch, daß sich der Mancipirte nicht selbst die Freyheit durch Census verschaffen konnte, wie sonst denjenigen, qui in mancipio sunt, auch wider den Willen des Gewalt-Inhabers freystand. Nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit, wie Gajus ²⁰⁾ sagt. Nur bey den Söhnen war jedoch diese dreymalige Mancipation nöthig, wenn sie sui iuris werden sollten. Die übrigen Kinder, mochten sie männlichen oder weiblichen Geschlechts seyn, gingen schon durch eine einmalige Mancipation aus der väterlichen Gewalt. Der Grund war, wie uns Gajus ²¹⁾ sagt, weil das Gesetz der zwölf Tafeln nur bey dem Sohne von drey Mancipationen spricht in den Worten: *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* ²²⁾. Die Römischen Rechtsgelehrten glaubten daher, daß bey den Töchtern und Enkeln durch einmalige Mancipation und Manumission der feyerlichen Rechtsform ein Genüge geschehe ²³⁾. Denn ohne alle Mancipation sie aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, erlaubte freylich die Strenge des Rechts nicht. Bey dieser einmaligen Mancipation galt nun eben das, was bey der zum dritten Male geschehenen Mancipation der Söhne Rechtens war. Daher wurde das nach der Mancipation einer Tochter, oder eines Enkels gemachte

20) *Commentar. I. §. 140.*

21) *Comm. I. §. 132.*

22) *ULPIANUS Fragm. Tit. X. §. 1. Vid. Ant. SCHULTING ad Eund. not. 5. (in Jurispr. vet. Antejust. pag. 592.)*

23) *S. Franc. CONNANUS Commentarior. iur. civ. Lib. II. cap. 15. n. 4. CONRADI de pacto fiduciae. Ex. I. §. 4.*

Testament des Vaters nicht rumpirt²⁴⁾. Denn bey der einmaligen Mancipation, welche hier immer unter der Bedingung der Remancipation geschah, war ein Rückfall in die väterliche Gewalt nicht denkbar²⁵⁾.

Wie nun aber, wenn derjenige, dem das Kind war mancipirt worden, der Verpflichtung nicht entsprach, welche ihm die *lex fiduciae* auflegte, d. h. nicht manumittirte oder remancipirte? Dann konnte gegen ihn *ex fiducia* geklagt werden. Papinian²⁶⁾ gedenkt dieses *iudicii fiduciae* bey Gelegenheit der *noxae datio* eines *hominis liberi* ausdrücklich. Zwar fand gerade in diesem Falle dieses *iudicium* nicht Statt; allein deswegen läßt sich die Annahme eines *pacti fiduciae* bey den Emancipationen der Kinder nicht bestreiten. Denn hatte der Vater den Sohn, in Folge einer Nothlage, zum Ersatz des von demselben wegen eines begangenen Delicts verursachten Schadens in das *mancipium* gegeben; so mußte der Herr den *filiosfamilias* manumittiren, sobald der Schaden

24) *L. 8. §. 1. D. de iniusto, rupto, et irr. testam. Ulpianus Lib. XI. ad Sabinum. Filia cum emancipatur, vel nepos, quia una mancipatione exeunt de potestate, testamentum non rumpunt.*

25) *S. Ant. SCHULTING ad Ulpian. Tit. XXIII. §. 5. not. 7. (in Jurispr. vet. Antejustin. pag. 646.)*

26) *Mosaicar. et Romanar. Legum Collat. Tit. II. §. 3. Papinian sagt hier in einer aus desselben libro Definitionum secundo, sub titulo de iudicatis genommenen Stelle: Per hominem liberum noxiae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Praetore, qui noxae deditum accepit: sed fiduciae iudicio non tenetur. (In Jur. civ. Antejust. von Hugo Tom. II. pag. 1425.)*

von demselben ersetzt war ²⁷⁾. Dann konnte er selbst bey dem Prätor um seine Entlassung bitten. Eher konnte er wider den Willen desjenigen, cuius in mancipio erat, auch nicht einmal durch Censur die Freyheit erlangen. Denn der Kläger hatte hier den Sohn statt einer Entschädigung in Gelde (pro pecunia) erhalten ²⁸⁾. Da jedoch die Hausföhne in eben der Form noxae gegeben wurden, und in dasselbe Verhältniß kamen, wie bey der freywilligen Mancipation ²⁹⁾, so entsteht die Frage, ob der ex noxali causa mancipirte filiusfamilias, nachdem ihn der Herr manumittirt hatte, in die Gewalt seines Vaters zurückgefallen, und also bey dieser erzwungenen Mancipation ebenso, wie bey der freywilligen Emancipation der Hausföhne, eine dreyfache Wiederholung nöthig gewesen sey, um der väterlichen Gewalt auf immer ein Ende zu machen, oder ob hier die Mancipation ex noxali causa, und die darauf erfolgte Manumission schon hinreichend gewesen, um auch in Ansehung des Vaters sui iuris zu werden? Diese Frage war, wie Gajus ³⁰⁾ lehrt, unter den Secten

27) S. Gans Scholien zum Gajus. 5. Schol. S. 155.

28) Gajus Institut. Commentar. I. §. 140. Ac ne is quidem dicitur invito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit: velut qui furti eius nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit: nam hunc actor pro pecunia habet. Man sehe auch §. 141. in fin. Vergl. Zimmermann Gesch. des R. Priv. R. 1. B. §. 191. S. 702. und Not. 24.

29) Gajus Comm. I. §. 140. et 141. Comm. IV. §. 79. S. Zimmermann a. a. D. S. 701.

30) Comm. IV. §. 79. Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores

streitig. Die Sabinianer erklärten die einmalige Mancipation hier für hinreichend, während die Proculianer auch bey der noxae deditio eines Haussohnes dessen dreymalige Mancipation verlangten. Jene behaupteten nämlich, daß Gesetz der zwölf Tafeln von der trina venditio filiorum familias sey nur von einer mancipatio voluntaria zu verstehen, welche die Beendigung der väterlichen Gewalt durch Emancipation zum Zweck habe. Die Proculianer hingegen, welche zu der von der Gegenparthey gemachten Unterscheidung in der ratio jenes Gesetzes keinen hinreichenden Anlaß fanden, erklärten sich für die wörtliche Anwendung des Principis der Decemviren³¹⁾. Allein jene Meinung scheint in der Praxis mehr Beyfall gefunden zu haben. Denn nun läßt sich daraus erklären, warum bey der noxae deditio eines hominis liberi nach Paulus kein fiduciae iudicium Statt fand, nämlich weil der Herr sich hier nicht so, wie bey der Emancipation, durch fiducia beschränken zu lassen brauchte, folglich auch den filiusfamilias, den er ex causa noxali in Mancipium erhalten hatte, zu remancipiren nicht verpflichtet war³²⁾.

putant, ter eum mancipio dari debere, quia lege XII. tabularum cautum sit, (ne aliter filius de potestate patris) exeat, quam si ter fuerit mancipatus. SABINUS et CASSIUS ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, tres enim lege XII. tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere.

31) S. DIRKSEN über die Schulen der römischen Juristen. Kap. I. §. 1. §. XII. (in den Beyträgen zur Kunde des Röm. Rechts. (Leipz. 1825.) 1. Abh. S. 89 f.)

32) S. ANT. SCHULTING Jurisprud. vet. Antejust. pag. 737. sq. Not. 12. Schulting behauptet zwar dennoch, der Glück's Erläut. d. Pand. 29. Th. B b

Von dem pacto fiduciae, wodurch die Emancipation vorbereitet wurde, hätte also wohl die Tutel des Vaters über das emancipirte unmündige Kind *fiduciaria* genannt werden können, wie auch wirklich mehrere ³³⁾ behaupten. Allein daß dieses doch nicht so sey, auch wohl jetzt Niemand mehr aus der oben angeführten Stelle Ulpian's ³⁴⁾ zu erweisen sich wird beygehen lassen, nachdem uns die wiedergefundenen Institutionen des Gajus eines Andern belehrt haben, ist bereits oben ³⁵⁾ gezeigt worden.

in familia sey nach der ersten Mancipation an den Vater zurückgefallen, wenn gleich kein *fiduciae iudicium* Statt gefunden habe. Allein hätte es fest gestanden, daß remancipirt werden müssen, so hätte keine Streitfrage darüber entstehen können, ob eine dreymalige Mancipation nöthig sey, wenn ein *homo liber ex causa noxali* war mancipirt worden. S. Gans's Scholien zum Gajus. S. 157. Die ganz richtige Erklärung der Stelle des Paulus hat Jo. CANNEGIETER ad Collat. LL. Mos. et Rom. c. 1. (adj. EJUSDEM Nott. ad Domitii Ulpiani fragmenta. Lugd. Batav. 1774. 4. pag. 189.) Man sehe auch Zimmern S. 702. Not. 24.

33) S. CUIACIUS ad Ulp. fragm. Tit. XI. §. 5. (in SCHULTING *Jurispr. Antejust.* pag. 595. Not. 15.) GEBAUER cit. Excurs. pag. 517. sq. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 182. Not. 1.

34) *Fragm. Tit. XI. §. 5.*

35) S. 356. ff. Dagegen kann THEOPHILUS *Paraphr. gr. Lib. I. Tit. 23. Pr.* nicht zum Beweise dienen, wenn es daselbst bey REITZ Tom. I. pag. 177. heißt: *Quum ergo diximus de tutoribus, et quot sunt tutelae: sunt autem haec, testamentaria, agnatorum sive legitima, patronorum, (hac vero FIDUCIARIA etiam patrum emancipantium tutela continetur)* etc. Denn REIS hat in den *Addend. et Corrigend. Tom. I. pag. LXIX.* den

Man lege diesen Namen der Tutel bey, welche, nach dem Tode des patris manumissoris, desselben großjährige Söhne über das emancipirte unmündige Kind fortsetzten. Von dieser läßt sich also kein anderer Ursprung der Benennung annehmen, als der von dem pactum fiduciae abgeleitet wird, welches, wie andere Verträge, auf die Erben übergieng³⁶). Warum man aber diese Tutel nicht eben so, wie die des patris manumissoris, eine legitima nannte, ist oben schon bemerkt worden.

§. 1316. c.

Alterius generis fiduciarii tutores nach Ulpian und Gajus.

So weit geht die Lehre der Institutionen und des Theophilus von der fiduciaria tutela. Noch weiter gehen Ulpian und Gajus. Aus Ulpian³⁷) ler-

Jrrthum, der hier in der Abtheilung begangen worden, verbessert. Denn wenn es daselbst heißt (ταύτη δὲ περιέχεται καὶ ἡ τῶν ἐλευθερωσάντων πατέρων ἐπιτροπὴ φιδουκαρία) so muß das Wort φιδουκαρία von der Parenthese getrennt, und die Stelle so übersetzt werden: (*hac vero patrum quoque emancipantium tutela continetur*) *fiduciaria et Atiliana*. Die unrichtige Lesart haben jedoch, dieser von Keiß selbst gemachten Verbesserung ungeachtet, Jo. Rudolph. Iselius in seiner neuen Ausgabe von Ev. Ortonis Commentar. ad Institut. mit Beyfügung der lateinischen Uebersetzung der Paraphrase des Theophilus von Keiß (*Basiliae* 1760. 4.) pag. 109. und Carl Wüstemann in seiner deutschen Uebersetzung der Paraphrase (Berlin 1825. 8.) 1. B. S. 187. beybehalten.

36) L. 9. D. de probat. L. 2. C. de pactis inter Emptor. et Venditor. compos. (IV. 54.) G. WESSENBEC Commentar. ad Institut. h. t. pag. 202.

37) *Fragm. Tit. XI. §. 5.* (in Iur. civ. Antejust. von Hugo Tom. I. pag. 35.)

nen wir, daß auch derjenige, der ein ihm vom Vater oder vom *Coemptionator* mancipirtes liberum caput, manumittirt hat, desselben Vormund geworden, und *fiduciarius tutor* genennt worden sey. Er sagt:

Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente, vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui *fiduciarius tutor* appellatur.

Eben dieses sagt Gajus in einer zwar lückenhaften, aber offenbar von der *fiduciaria tutela* sprechenden Stelle³⁸⁾. Sie lautet in der zweyten Ausgabe (Berlin 1824.) folgendermassen.

Exemplo patronorum — — — — — sunt — — —
fiduciariae — — — — — quae ideo nobis competunt,
quia liberum caput mancipatum nobis, vel a parente, vel a coemptionatore, manumiserimus.

Allein Gajus³⁹⁾ giebt uns noch aufferdem über die *fiduciaria tutela* neue vorher völlig unbekannt gewesene Aufschlüsse. Er erzählt uns nämlich, daß auch der Vormund, den eine Frauensperson, statt ihres bisherigen legitimus tutor, zu haben wünschte, und durch *coemptio cum extraneo*, wodurch sie in desselben manus kam, erhalten konnte, eben so, wie jeder manumissor liberi capitis, *fiduciarius tutor* sey genennt worden. Durch eine *Coemptio*, sagt Gajus, kommen Frauenspersonen in die manus eines Andern. Diese Handlung geschieht

38) *Commentar. I. §. 166.*

39) *Comm. I. §. 113. 114. 115.* S. den 28. Th. §. 1298. S. 452. und von Broßdorff *Institutionen, Commentare des Gajus. 1. B. S. 425. ff.*

vermittelst der Mancipation, d. h. mittelst eines Verkaufs, der nur sinnbildlich und zum Schein, unter Beziehung von nicht weniger als fünf Zeugen, welche mannbare römische Bürger seyn mußten, und eines Libripens, deren Gegenwart, ausser der Frauensperson, und dem Manne, in dessen manus sie kam, dabey erforderlich war, verrichtet wurde. Eine solche Coemption konnte nun eine Frauensperson nicht nur mit ihrem künftigen Ehemanne, sondern auch mit einem Fremden eingehen. Jene wurde *coemptio matrimonii causa*, diese *coemptio fiduciae causa* genannt. Wenn nämlich eine Frau mit ihrem Ehemanne eine Coemption eingieng, in der Absicht, ut apud eum filiae loco sit, so sagte man, sie habe die Coemption der Ehe wegen vollzogen. Hatte sie hingegen aus einer andern Ursache, z. B. um der bisherigen Tutel entlediget zu werden, mit einem Fremden eine Coemption eingegangen, so hieß es, sie habe dieselbe *fiduciae causa* vorgenommen. Die letzte Art der Coemption gehört nur eigentlich hierher, mit welcher es, wie Gajus uns weiter darüber belehrt, folgende Bewandniß hatte. Wenn eine Frauensperson ihren bisherigen Tutor gern los werden wollte, so konnte sie, um einen andern Vormund, den sie wünschte, zu erhalten, unter jenes Auctorität eine solche *coemptio fiduciaria cum extraneo* eingehen, wodurch sie mittelst der Mancipation in dessen manus kam. Dieser Fremde, welcher über eine Frauensperson, jedoch nicht als Ehemann, die manus hatte, erhielt den technischen Namen *coemptionator* 40). Ward sie nun von die-

40) So unterschied sich der Coemptionator von dem, der durch die Coemptio Ehemann geworden, in dessen manus die Frau als Tochter anzusehen war. S. Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. S. 366. Z. 20. ter

sem in Folge ihrer der Mancipation hinzugefügten *lex fiduciae* einem andern von ihr selbst gewählten Manne remancipirt, d. h. weiter verkauft⁴¹⁾, und von demselben endlich *vindicta manumittirt*; so ward dieser ihr Manumissor nach der Analogie des Patronatverhältnisses ihr Tutor, und dieser *fiduciarius* genannt.

Noch eine Stelle des Gajus ist hier besonders merkwürdig. Er sagt nämlich *Commentar. I. §. 195.*

Potest autem pluribus modis libertina alterius generis tutorem habere: (sc. quam patronum) veluti si a femina manumissa sit: tunc enim e lege Atilia petere debet tutorem etc. — Sed et cum a masculo manumissa fuerit, et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem, a quo manumissa est: qui fiduciarius dicitur.

Es war also nicht der coemptionator selbst, welcher die in seine manus gekommene Frauensperson manumittirte, sondern sie mußte erst in den Sklavenzustand, in *causam imaginariae servitutis*, oder *mancipii*

8. Aufl. Zimmern *Gesch. des Röm. Priv. Rechts.*
1. B. §. 140. S. 312.

41) GAJUS *Comm. II. §. 115.* sagt: a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo *vindicta manumissa*, incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est, qui *tutor fiduciarius* dicitur. Den Ausdruck *remancipata* erklärt FESTUS h. v. pag. m. 85. (1585. 8.) *REMANCIPATAM Gallus Aelius esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit.* S. *Christ. Gottl. HAUBOLD Diss. de C. Aelio Gallo Icto, eiusque fragmentis. Lipsiae 1823. 8. §. XVII.*

kommen, um manumittirt werden zu können. Zu dem Zweck wurde sie von dem coemptionator remancipirt. Die manus des coemptionator konnte also eben so, wie die patria potestas, nur auf diesem Umwege aufgehoben werden. Denn derjenige, welcher ein Kind vom Vater kaufte und manumittirte, stand völlig gleich mit demjenigen, der dem Coemptionator die in seine manus gekommene Frau abkaufte, und freyließ. Und von der auch hier der Mancipation hinzugefügten *lex fiduciae* hieß der Manumissor *fiduciarius tutor*, wenn gleich auch der *extraneus manumissor liberi hominis* ein Civilerbrecht hatte ⁴²⁾.

§. 1316. d.

Unterschied zwischen der legitima und fiduciaria tutela nach Gajus.

Nur hauptsächlich bey der Weiber-Tutel war jedoch der Unterschied zwischen der legitima und fiduciaria tutela, wie uns Gajus belehrt, von einiger Bedeutung. Der *fiduciarius tutor* hatte 1) nicht das Recht die Tutel zu cediren, weil er sich selbst dieser Last unterzogen. Diese Meinung hatte man wenigstens angenommen. Denn daß dieses eine Streitfrage gewesen sey, lernen wir aus Gajus ⁴³⁾. Die legitima tutela hingegen, welche, seitdem der Agnaten gesetzliche Tutel über die Frauen schon

42) *Mosaic. et Romanar. LL. Collat. Tit. XVI. sub fin. GAJUS Epitom. Institut. Lib. I. Tit. 6. §. 3. S. Zimmermann Abhandl. in den Röm. rechtl. Untersuchungen. S. 148.*

43) *Commentar. I. §. 172. Sed fiduciariorum quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. Quod etsi placeat etc.*

R. Claudius aufgehoben hatte, ohnehin nur noch die der Patronen und ihrer Kinder, so wie die nach dem Beispiel derselben eingeführten Tutel der Väter als legitima geblieben war ⁴⁴⁾, konnte in iure cedirt werden ⁴⁵⁾. Sonst war zwar auch, wie Gajus ⁴⁶⁾ referirt, den Agnaten, als legitimi tutores, so gut, wie den Manumissoren, erlaubt, die Tutel über Frauenspersonen zu cediren, von einer solchen cessitia tutela konnte aber freylich nicht mehr die Rede seyn, nachdem die Agnaten-Tutel über Frauenspersonen durch die lex Claudia war aufgehoben worden ⁴⁷⁾. Hiermit fiel denn nun auch die Nothwendigkeit einer coemptio fiduciaria weg, zu welcher sonst Frauenspersonen ihre Zuflucht nehmen mußten, um der Agnaten-Tutel auszuweichen ⁴⁸⁾.

Ein anderer Unterschied bestand darin, daß der legitime Tutor, nämlich der Patron, und der parens manumissor, nicht genöthiget werden konnte, seine zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderliche Auctorität zu interponiren, wäh-

44) S. Zimmer n Gesch. 1. B. §. 233. S. 875. a. E.

45) GAIUS *Comment. I.* §. 172. In parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur, et non minus huic, quam patronis, honor praestandus est. S. auch §. 175. und Gans Scholien S. 192.

46) *Comm. I.* §. 168. S. auch §. 157.

47) GAIUS *Comm. I.* §. 171.

48) S. Corn. Jac. van Assen Adnotat. ad Institution. GAIJ Commentar. ad §. 157. pag. 108. und von Brodtkorff Institutionen, Commentare des Gajus. 1. B. §. 115. Not. 11. S. 478.

rend der fiduciarius tutor auch wider seinen Willen auctor zu werden, vom Prätor gezwungen werden konnte⁴⁹⁾. Denn da Frauenspersonen von reifen Alter ihre Angelegenheiten selbst besorgten, so übte der Vormund nur in gewissen Fällen seine Auctorität bloß zum Schein (dicis gratia) aus⁵⁰⁾. Hierin bestand noch zur Zeit des Gajus der einzige Vortheil, den die legitima tutela gewährte, daß der Patron, so wie der Vater der Freigelassenen oder der Emancipirten, deren legitimus tutor er war, wenn sie ein Testament machen, oder res mancipi veräußern, oder Obligationen eingehen wollten, seine Auctorität versagen konnte, ausgenommen, wenn eine dringende Veranlassung zur Veräußerung einer res mancipi, oder zur Eingehung einer Obligation eintreten sollte. Alles dieses war um der Vormünder selbst willen verordnet. Denn da dem Patron der Nachlaß der ohne Testament verstorbenen Liberta, so wie dem Vater der Nachlaß der emancipirten Tochter oder Enkelin gebührte; so sorgten sie auch als legitimi tutores dafür, daß sie weder durch Testament von dieser Erbschaft ausgeschlossen, noch auch der Nachlaß durch Veräußerung der kostbareren Sachen, und Contrahirung von Schulden vermindert werden möchte⁵¹⁾.

49) GAIUS *Comm. I.* §. 190.

50) GAIUS *Comm. I.* §. 190. ULPIANUS *Fragm. Tit. XI.* §. 27. S. van ASSEN *Adnotat. ad Lib. I. Comment. Gaji.* §. 192. pag. 121.

51) GAIUS *Comm. I.* §. 292. et *III.* §. 43. CICERO *pro Flacco cap. 54. et 55. Pro Caecinna. Cap. 25. Topic. Cap. 4. et 5.* S. von BROCKDORFF *Institutionen, Commentare des Gajus.* 2. B. S. 633.

§. 1316. e.

Uebersicht der legitimen Tutoren vor Justinian, besonders nach den Berichten von Gajus und Ulpian.

Wenn wir alles bisher Gesagte, was bey Gajus und Ulpian von der legitima und fiduciaria tutela vorkommt, zusammenfassen; so waren nun die eigentlichen legitimi tutores die Agnaten, die Patronen, die Söhne derselben, und der emancipirende Vater. Diese sind es, deren Tutel vor Justinian eine legitima genennt wurde. Die Tutel der Gentilen war schon zu Gajus Zeiten mit dem ius gentilitium verschwunden. Der Name *fiduciarius tutor* hingegen wurde demjenigen beygelegt, der dem Vater sein Hauskind, so wie demjenigen, welcher dem coemptionator die in seine manus gekommene Frauensperson abkaufte, und manumittirte, besonders dem großjährigen Sohne des emancipirenden Vaters, der nach dem Tode desselben die Tutel über das emancipirte unmündige Kind fortsetzte. So hieß endlich jeder Manumissor eines liberi hominis aus dem mancipium, also nicht minder der, welcher ein caput liberum ex causa noxali in mancipio hatte⁵²⁾. Die beyden ersten Arten der fiduciaria tutela verschwanden jedoch mit dem Aufhören des Verkaufs freyer Menschen⁵³⁾. Die Emancipation

52) S. Gans Scholien zum Gajus. S. 197.

53) Der wahre Verkauf der Kinder war schon zur Zeit des Paulus dem Vater nur im Falle der höchsten Noth, um der Alimenten willen, gestattet, wie aus desselben *Sentent. Recept. Lib. V. Tit. 1. §. 1.* erhellet. Man vergleiche damit *L. 34. §. 2. D. de contr. emt. et vend. L. ult. D. Quae res pign. u. L. 39. §. 3. D. de evict. Kr. Caracalla* erklärte zwar in der *L. 1. C. de lib. causa* (VII. 16.) den Verkauf der Kinder für eine res illicita

geschähe zwar schon zu Gajus⁵⁴⁾ Zeiten gewöhnlich durch eine *imaginaria venditio*, und konnte daher selbst bey Söhnen an einem Tage und in einem Act vollzogen werden; es konnten aber auch bey den *singulae mancipationes* und *manumissiones* Zwischenzeiten Statt finden⁵⁵⁾. Der Vater brauchte auch den Sohn nicht immer demselben Manne zu mancipiren, die Mancipation konnte eben so gut an einen Andern geschehen, jedoch war das Erste gewöhnlicher⁵⁶⁾, so wie denn nicht minder die einzelnen Mancipationen der Söhne auch vor verschiedenen Zeugen geschehen konnten⁵⁷⁾.

Seit Anastasius war auch schon die *fiduciaria tutela* der Söhne des emancipirenden Vaters zur *legitima* geworden⁵⁸⁾, und nachdem Justinian die alte *Emanci-*

et inhonesta, und zur Zeit des K. Diocletian war die völlige Unzulässigkeit desselben *manifestissimi iuris*, wie es in der *L. 1. C. de patribus, qui filios suos distraxerunt* (IV. 43.) heißt. Allein daß jene Ausnahme dadurch aufgehoben sey, läßt sich mit Grund nicht behaupten. S. *Corn. van Bynkershoek Opusc. de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud vet. Rom. Cap. 6.* (in *Opuscul. pag. 186.*) Der K. Constantin der Große bestätigte sie *L. 2. C. eodem.* von neuen. S. den 2. Th. dieses Commentars §. 135. S. 246. und Zimmern *Gesch. des R. Fr. Rechts.* 1. B. §. 182.

54) *Commentar. I. §. 141.*

55) *PAULUS Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 25. §. 2. GAJUS Comm. II. §. 141. et III. §. 6.*

56) *GAJUS Comm. I. §. 132.*

57) *PAULUS Sent. Recept. Lib. II. Tit. 25. §. 2.*

58) *L. 4. C. de legit. tut. L. 5. C. de curat. fur.*

pation völlig aufgehoben hatte⁵⁹⁾, fiel der extraneus manumissor ganz weg⁶⁰⁾.

§. 1316. f.

II. Neuereß oder Justinianeiſches Recht. 1) In Anſehung der legitima impuberum tutela. 2) In Anſehung der übrigen Arten.

Nachdem ſchon vor Juſtinian 1) die legitima impuberum tutela einen größern Umfang dadurch erhalten hatte, daß das Recht der Erbfolge nach und nach auf einzelne Cognaten durch leges novas war übertragen, ja gegen die Regel des Rechts ſogar der Mutter und Großmutter die Übernehmung der Tutel über ihre unmündigen Kinder und Enkel war geſtattet worden (§. 1315. b.), ſo hob endlich Juſtinian den Unterſchied zwiſchen Cognaten und Agnaten, ſo wie in Anſehung der Intestat-Erbfolge, eben ſo auch hiñſichtlich der legitima tutela auf⁶¹⁾. In dem Grade und in der Ordnung, wie jeder Verwandter ab intestato ſuccedirt, ſoll er nun auch die Vormundſchaft übernehmen, ohne Unterſchied, er ſey ein Agnat oder Cognat; wenn er nur männlichen Geſchlechts, und großjährig iſt. Nur außernahmeweife ſoll es auch der Mutter und Großmutter erlaubt ſeyn, die Vormundſchaft über ihre Kinder und Enkel zu führen, wenn ſie vor Gericht der zweyten Ehe, und der Wohlthat des Vellejanischen Senatus-Consultums entſagt. Hat ſie dieſes beobachtet, ſo ſoll ſie vor allen Seitenverwandten, ſie mögen Agnaten

59) L. ult. Cod. de emancipat. lib. (VIII. 49.) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 159. S. 411. ff. und Zimmermann Geſch. 1. B. 2. Abth. §. 225.

60) S. Zimmermann Geſch. §. 255. S. 876.

61) Nov. CXVIII. Cap. 4. et 5.

oder Cognaten seyn, zur Tutel gelassen werden, und nur die testamentarischen Tutoren sollen ihr vorgehen⁶²⁾.

2) In Ansehung der Tutel der Patronen hat Justinian nichts geändert⁶³⁾. Die Ordnung ist hier die nämliche, welche Justinian bey der patronatischen Erbfolge bestimmt hat⁶⁴⁾.

3) Soviel endlich die *legitima parentum tutela*, und die *fiduciaria* anlangt; so fällt nun, nachdem Justinian den Unterschied zwischen den Kindern, die *sui iuris*, und denen die *sub potestate* sind, aufgehoben, und die emancipirten Kinder in Ansehung der Intestaterbfolge den *suis* gleichgesetzt hat⁶⁵⁾, der alte Grund des Patronats rechts weg. Da also nach dem justinianeischen Recht die gesetzliche Tutel, bey den Personen freier Geburt, mit der Intestaterbfolge an die Blutsfreundschaft geknüpft ist, so fallen diese Arten der ältern gesetzlichen Tutel jetzt weg, und es bleibt bloß die gesetzliche Tutel der nächsten, als Blutsverwandten succedirenden Intestaterben, übrig⁶⁶⁾. Nur darin zeigt sich noch eine Spur von dem

62) G. §. 1300. C. 56. ff. wo gezeigt worden ist, in welchem Verhältnis die Mutter zu den übrigen Ascendenten steht.

63) G. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. cap. 6. §. 14. (Vol. II. pag. 63. edit. Hoenig)

64) G. Untetholzner über das patronatische Erbrecht in d. Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft 5. Band S. 110 ff.

65) Nov. CXVIII. Cap. 1.

66) G. DONELLUS c. l. §. 15. pag. 64. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 195. und §. 196. a. G. THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 505. BUCHER Syst. der Pandect. §. 102. Not. 3. von

Gebrauche der *tutela parentum*, daß der emancipirende Vater die Brüder des emancipirten Kindes ausschließt, wenn gleich nach der Novelle 118 beyde ein gleiches Intestaterbrecht haben⁶⁷⁾. Hat jedoch der Großvater einen unmündigen Enkel emancipirt, dessen Vater noch in der väterlichen Gewalt ist, so wird in Folge der *Nov. CXVIII. Cap. 1.* der Großvater nicht der gesetzliche Erbe von dem emancipirten Enkel seyn, sondern der Vater. Dieser wird daher auch, und nicht der Großvater, desselben gesetzlicher Vormund seyn, so wie auch nach dem Tode des Großvaters bleiben⁶⁸⁾. Nach dem neuern Rechte kann nun auch die *legitima tutela* nicht mehr durch eine *capitis deminutio minima* erlöschen⁶⁹⁾. Diese Grundsätze des neuern Röm. Rechts gelten auch in Deutschland⁷⁰⁾.

§. 1316. g.

Heutiger Begriff der gesetzlichen Tutel, und deren Grund.

Da also heutiges Tages die Tutel der Patronen, und die nach dem Beyspiel derselben eingeführten übrigen Arten der legitimen Tutel wegfallen; so wird jetzt eine gesetz-

Wening, Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. B. §. 137.

67) S. Ehbaut civilist. Abhandl. Nr. XII. S. 296. ff. von Wening, Ingenheim a. a. D. und MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. II. §. 318.

68) S. DONELLUS Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 6. §. 15. (Vol. II. pag. 64. edit. Hoenig.)

69) DONELLUS c. 1. §. 15.

70) S. WALCH Diss. de tutela extraneorum legitima. Sect. II. und DANZ Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 7. B. §. 624. S. 145. ff.

liche Vormundschaft diejenige genennt, welche den nächsten Blutsverwandten, sofern sie zur Uebernehmung derselben fähig sind, als nächsten Intestaterben des Pupillen, nach der Ordnung der Erbfolge gebührt, so daß wenn deren mehrere von gleichem Grade vorhanden sind, die Verwaltung derselben, mit gemeinschaftlicher Uebereinkunft, und Zustimmung der competenten Obrigkeit einem, oder mehreren, soviel zur Verwaltung genügen, auf Gefahr aller, übertragen wird⁷¹⁾. Sie ist also mit der Intestaterbfolge an die Blutsfreundschaft geknüpft, und gründet sich zwar auch noch jetzt auf das in dem Röm. Rechte angenommene Princip, es sey billig, daß derjenige die Tutel über den Pupillen führe, welcher das nächste Recht und Hoffnung zur künftigen Erbfolge hat⁷²⁾, zumal da man zu diesem das Vertrauen haben kann, er werde, um seines eigenen Vortheils willen, dafür sorgen, daß das Vermögen wohl verwaltet, und nicht vermindert werde⁷³⁾; sie muß aber doch von der Obrigkeit bestätigt werden⁷⁴⁾.

71) *Nov. CXVIII. Cap. 1.* S. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. S. 20. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. S. 637. Mittermaier Grundf. des gemeinen deutschen Privatrechts. S. 367.

72) *Ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet.* §. un. *J. de legit. patron. tut.*

73) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

74) *Reichspolicey-Ordn. vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 2.* S. §. 1312. S. 307. f.

Lib. XXVI. Tit. V.

De tutoribus et curatoribus datis ab his, qui
ius dandi habent, et qui, et in quibus
causis specialiter dari possunt.

§. 1517.

Wenn, und von welcher Obrigkeit werden Tutoren bestellt?
*Tutores dativi ex lege Atilia und ex lege Julia
et Titia.*

In Ermangelung eines andern Tutors bestellt die
competente Obrigkeit einen Vormund. Eine solche Tutel
wird *dativa* genennt, und darunter diejenige verstanden,
welche entweder bey gänzlich ermangelnder, oder behin-
deter testamentarischer oder legitimen Tutel von einer dazu
autorisirten Obrigkeit bestellt wird.

Bei den Römern war nämlich nicht jede Obrigkeit
zur Bestellung der Tutoren berechtigt. Denn die tuto-
ris datio war kein Theil der Jurisdiction noch des
Imperiums, d. h. derjenigen Gewalt, welche einem jeden
Magistrate von Amtswegen zustand, sondern nur gewisse
Staatsbeamten waren vermöge besonderer Gesetze befugt,
Tutoren zu ernennen. Daher sagt Ulpian *libro trige-*

*simo octavo ad Sabinum*⁷⁵⁾: Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. Diese datio tutoris wird von Papinian⁷⁶⁾ unter die *actus legitimos* gezählt, welche keine Zeitbestimmung, noch Beyfügung einer Bedingung zuließen. Allein eine *legis actio* war sie nicht, wenn diese gleich mit jenen dieselbe Eigenschaft hatte⁷⁷⁾. Denn diese Benennung kam nur solchen Rechtsgeschäften zu, welche zwar an sich nicht streitig sind, (*actus voluntariae iurisdictionis*) aber doch vor einer dazu autorisirten Magistratsperson, wenn gleich nicht nothwendig pro tribunali⁷⁸⁾, mittelst der Formel einer *cessio in iure*, als Symbol der alten Feierlichkeit im Proceß, verrichtet wurden, wie z. B. die *emancipatio*, *adoptio*, *tutela cessitia*, und *manumissio*⁷⁹⁾; so wie denn auch die obrigkeitliche Concurrenz selbst bey solchen Handlungen, die mit

75) L. 6. §. 2. *D. de tutelis*. Man sehe über diese Stelle Jo. Ortow. WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XI. §. 3. (*Opp. a Jungio* editor. Tom. III. pag. 124.) und Jo. CANNegieter ad Domitii Ulpiani fragmenta. Tit. XI. §. 14. pag. 60.

76) L. 77. *D. de Reg. iuris*. Man verbinde damit die L. 6 §. 1. *D. de tutelis*. S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 425.

77) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des R. Rechts. S. 217. Not. 1. der 8. Aufl.

78) L. 7. *D. de manumiss. vind.* (XL. 2.)

79) GAJUS *Comment. II.* §. 24. S. vorzüglich Ever. DUPONT *Disquisitiones in Commentar. IV. Institution. Gaji.* (*Lugd. Batavor.* 1822. 8.) Cap. I. §. 2. pag. 10 — 15.

dem Symbol der alten *legis actiones* in Streitsachen versehen waren, *legis actio* genennt wurde ⁸⁰⁾, z. B. wenn gesagt wird, ein *magistratus habe legis actio* ⁸¹⁾.

Zu den Obrigkeiten, welche durch besondere Gesetze zur Bestellung der Vormünder autorisirt waren, gehörte

I. in der Stadt Rom der Praetor urbanus. Dieser hatte durch die *Lex Atilia* die Befugniß erhalten, mit Zustimmung der Mehrheit der Volkstribunen den Pupillen und Frauenspersonen Tutoren zu geben, die weder einen *tutor testamentarius* noch *legitimus* hätten. Schon vor der *Lex Atilia* finden sich zwar Beispiele von obrigkeitlicher Ernennung der Vormünder für Pupillen und Frauenspersonen. Denn gewiß älter, als jener Volksschluß, ist der *praetorius tutor*, welcher in dem Falle, da der eigentliche Vormund mit seinem Mündel, oder mit der Frauensperson, die seine Pflegbefohlene war, in einen Proceß verwickelt wurde, weil er in eigener Sache nicht *auctor* werden konnte, vom Praetor urbanus gegeben wurde, von dem er auch, wie Gajus ⁸²⁾ sagt, seinen Namen erhielt. Ulpian ⁸³⁾ leitet seine Entstehung aus den *moribus* her, worauf auch wohl das Wort *olim* bey Gajus hindeutet.

80) S. Sch w e p p e Röm. Rechtsgesch. §. 176. S. 271. f.

81) PAULUS *Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 25. §. 4. L. 4. D. de adopt. L. 1. D. de offic. iurid. Alexand.*

82) *Commentar. I. §. 184.* OLIM, cum *legis actiones* in usu erant, etiam ex illa causa *tutor* dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumve *legis actione* agendum erat: nam quia ipse quidem *tutor* in re sua *auctor* esse non poterat, alius dabatur, quo *auctore legis actio* perageretur: qui dicebatur *praetorius tutor*, quia a PRAETORE URBANO dabatur.

83) *Fragm. Tit. XI. §. 24.*

Schon dieses zeugt von dem hohen Alter dieses außerordentlichen Tutors, ja der Name selbst bietet noch einen besonders wichtigen Beweis dafür dar. Denn wozu dieser besondere Name, wenn man nicht annimmt, er sey damals der einzige Tutor gewesen, der vom Prätor ernannt worden⁸⁴⁾? Dieser ersten und gewiß ältesten aller außerordentlichen Tutelen folgten aber bald mehrere andere nach, die durch, jedoch namenlose, *Senatusconsulte* constituirt wurden, deren es gewiß nicht bedurft hätte, wenn schon damals die *Lex Atilia* vorhanden gewesen wäre. Daß eine *Senatusconsultum* erlaubte den Frauen, sich an die Stelle ihres abwesenden Vormundes einen andern Tutor zu erbitten, wodurch der erste aufhörte Vormund zu seyn⁸⁵⁾. Einer Freigelassenen, deren Vormund, der Patron, abwesend war, sollte dieses jedoch nur in zwey Fällen gestattet seyn, nämlich wenn sie eine Erbschaft antreten, oder eine Ehe eingehen wollte⁸⁶⁾. Nach einem andern *Senatus-*

84) S. Gans Scholien zum Gajus. Schol. IV. S. 202. f. und den 28. Th. dieses Commentars S. 1298. S. 465. f.

85) Gajus *Comment. I.* §. 175. *Praeterea Senatusconsulto mulieribus permissum est, in absentis tutoris locum alium petere: quo petito prior desinit, nec interest, quam longe aberit is tutor.* Ob hierdurch die vorige Tutel nur während der Abwesenheit, oder für immer aufhörte, ist zweifelhaft. Das Erste behauptet Gans in den Scholien zum Gajus. S. 205. Nach der Fassung der Worte aber scheint Gajus das Letzte zu meinen. S. von Brodtkorff *Institutionen Commentare des Gajus* 1. B. §. 175. S. 647. und *Corn. Jac. van Assen Adnotatio ad Institution. Gaji commentar. Lib. I. §. 175. pag. 115. sq.*

86) Gajus *c. l.* §. 174 et 176. *ULPIAN. Fragm. Tit. XI. §. 22.* S. van Assen *Adnotat. ad Gajum* §. 176.

Consultum sollte zur Constituirung einer dos ein Tutor ernannt werden, wenn der legitime Tutor wahnsinnig oder stumm war 87). Nur die Tutel des Patrons und seines Sohnes sollte dadurch nicht aufgehoben werden 88). Endlich ward auch noch durch ein Senatusconsultum festgesetzt, daß wenn der ordentliche Vormund des Pupillen als verdächtig von der Tutel entfernt worden, oder sich rechtmäßig entschuldiget hätte, an dessen Stelle ein anderer Tutor gegeben werden sollte, wodurch der vorige Tutor die Vormundschaft verlor 89).

Allein alle diese Beispiele außerordentlicher Tutoren beweisen doch nur, daß den Pupillen und Frauenspersonen, die in Ermangelung eines testamentarius oder legitimus tutor sich selbst überlassen waren, bloß für einzelne Rechtsgeschäfte ein Tutor gegeben werden mußte, um solche durch seine Auctorität vollgültig zu machen. Eine solche außerordentliche Tutel hörte denn auf, sobald das Geschäft beendiget war. Allein eine beständige von der Obrigkeit angeordnete Tutel über alle Angelegenheiten des Mündels fand vor der Lex Atilia noch nicht Statt 90). Vermöge dieses Volksschlusses sollten nun also den Frauen und Pupillen, und zwar in der Hauptstadt vom Praetor urba-

87) GAJUS *Comm. I.* §. 180. ULPIAN. *Fragm. Tit. XI.* §. 21.

88) GAJUS *I.* §. 181.

89) GAJUS *I.* §. 182. Praeterea Senatus censuit, ut si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus sit, sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo dato prior tutor amittit tutelam. Den Ausdruck *amittit tutelam* braucht Gajus, wenn der Tutor an dem Verlust der Tutel selbst schuld ist. Außerdem sagt er *tutor esse desinit.* §. 175. 186. 187. S. van Assen *Adnotat. ad §. 182. pag. 115.*

90) S. Gan; *Scholien* S. 201. f.

nus mit Zuziehung der Volkstribunen, jedoch so, daß die Majorität entscheiden soll, Tutoren für alle ihre Angelegenheiten gegeben werden, nicht nur in dem Falle, wenn überhaupt kein Vormund da ist, sondern auch wenn eine Bedingung, oder ein sonstiges Hinderniß den ordentlichen Vormund einzutreten, oder die Tutel fortzusetzen abhält, und wo also vorher ein außerordentlicher Tutor vom Praetor urbanus gegeben wurde⁹¹⁾. Ein solcher obrigkeitlich bestellter Vormund wird von dieser *Lex Atilianus tutor* genannt⁹²⁾. Gajus gedenkt dieser *Lex* erst, nachdem er zuvor von jenen außerordentlichen Tutelen gehandelt hatte. Er sagt nämlich⁹³⁾:

Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex *lege Atilia* a Praetore urbano et maiore parte Tribunorum plebis, qui *Atilianus tutor* vocatur, in provinciis vero a Praesidibus provinciarum ex *lege Julia et Titia*⁹⁴⁾.

91) S. van Assen Adnotat. ad Instit. Gaji commentar. ad §. 185. pag. 116.

92) S. den Titel der Institutionen I. 20. *de Atiliano tutore.* und *Jo. Pet. de Ludewig Differentiae iuris Rom. et Germ. in Atiliana tutela. Halae 1715.*

93) *Commentar. I. §. 185. 186. et 187.* Diese Stellen sind zur Geschichte dieser Rechtslehre in die Institutionen Lib. I. Tit. 20. Pr. et §. 1. et 2. aufgenommen worden. Man sehe auch *Ulpianus Fragm. Tit. XI. §. 18.* und *Theophilus Paraphr. graec. Instit. ad tit. de Atilian. tut.*

94) Es scheint, man habe durch dieses Gesetz den Mißbräuchen vorbeugen wollen, welche besonders die Mächtigeren mit dem *ius gentilitium* trieben, um unter diesem Vorwande die Vormundschaften reicher Pupillen aus Gewinnsucht an sich zu bringen. S. van Assen Adnot. ad Gaium Lib. I. §. 185. pag. 116. sqq.

Et ideo, si cui testamento tutor sub conditione aut ex die certo datus sit, quamdiu conditio aut dies pendet, tutor dari potest: item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est: qui desinit tutor esse, posteaquam quis ex testamento tutor esse coeperit⁹⁵⁾).

Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor datur, qui desinit tutor esse, si is, qui captus est, in civitatem reversus fuerit: nam reversus recipit tutelam iure postliminii-

Zeit und Urheber der Lex Atilia sind ungewiß. Nur soviel wissen wir, daß dieser Volksschluß schon vor Entdeckung der Geheimnisse der Bacchanalien durch die Frengelassene Fecenia Hispana im Jahre Roms 566, wovon uns Livius⁹⁶⁾ eine ausführliche Geschichte erzählt, vorhanden gewesen sey. Diese Frengelassene war es, welche von dem Umgange ihres Geliebten bezaubert, sich nach ihres Patrons Tode, weil sie nun in Niemand's Gewalt mehr stand, von den Tribunen und dem Prätor einen Tutor erbat; und nun ein Testament machte, worin sie ihren Nebutius zu ihrem alleinigen Erben einsetzte. Es ward ihr aber auf den Antrag des Consuls Quintus Marcius durch einen Senatschluß zur Belohnung für die Entdeckung jener geheimen Unzuchtswelche, unter andern Vorrechten, das Privilegium ertheilt, sich selbst ihren Tutor zu wählen, nicht anders, als habe ihr dieses Recht

95) L. 10. L. 11. D. de testam. tut.

96) Livius Lib. XXXIX. cap. 9.

der Mann im Testamente gegeben ⁹⁷⁾. Der römische Freystaat kennt nun zwar mehrere Tribunen, welche den Namen *Atilius* führten. Im Jahre 309 war *Atilius Longinus* Volkstribun; im J. 343. *Lucius Atilius*, welche beyde *Heineccius* ⁹⁸⁾ nennt. Er bemerkt jedoch mit Recht, daß keiner von beyden Urheber unserer Lex seyn könne, weil es zu ihrer Zeit noch keinen Praetor urbanus gab. Die meisten ⁹⁹⁾ halten daher den *L. Atilius Regulus* für den Urheber, welcher im Jahre 443 Volkstribun war ¹⁰⁰⁾. Nur Joh. Gottl. Seger ¹⁾ meint, daß Gesetz könne so alt nicht seyn, cum successiones praetoriae illi videantur occasionem dedisse. Er nennt

- 97) *LIVIVS Lib. XXXIX. cap. 19. a. G. S. Ph. Ed. HUSCHKE de privilegiis Feceniae Hispalae Scto concessis. Goettingae 1823. 8. pag. 52. sqq.* Zwar hat *Sand* in den Scholien zum *Gajus* S. 216. dem auch *Freyh. von Brodhorff* gefolgt ist, manche nicht unerhebliche Zweifel dagegen vorgebracht. Man sehe des letztern Institutionen. Commentare des *Gajus*. 1. B. S. 184. Not. 6. S. 670. ff. Allein man hat sie zu beseitigen gesucht. *S. Zimmermann Gesch. des Röm. Priv. Rechts*. 1. B. 2. Abth. S. 254. S. 880. Not. 20. und 22.
- 98) *Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. I. Tit. XX. §. 9. pag. 169. edit. Haubold.*
- 99) *S. BALDUINUS, BROEVS, MURETVS in Commentar. ad Institut. h. t. HEINECCIUS c. I. Jo. Aug. BACH Histor. iurispr. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 20. pag. 144. edit. Stockman. WALCH ad Hoppü Comment. ad Inst. Tit. de Atil. tut. not. b. p. 171. Zimmermann S. 880. u. a.*
- 100) *LIVIVS Lib. IX. cap. 30.*
- 1) *Historia iuris Rom. lib. reipubl. de tutelis et curat. §. 7. (in Opusc. a KLÜBERO edit. Vol. I. pag. 99)*

daher den *A. Atilius Bulbus*, der im J. der Stadt R. 523 Volkstribun gewesen seyn soll. Allein einen Beweis dafür hat er nicht beygebracht, und *Jac. Perizonius* ²⁾, der das ganze Geschlechtsregister der Atilier, sowohl der Regular als der Serraner, aus den Nachrichten der römischen Classiker auf das genaueste dargestellt hat, kennt diesen Tribun nicht. Eben so wenig hat die Muthmaßung *Hotomann's* ³⁾ für sich, daß das Gesetz den *C. Atilius Calatinus*, oder den *C. Atilius Regulus*, welche in dem ersten Punischen Kriege das Consulat führten, zum Urheber habe, denn daß diese auch Volkstribunen gewesen, ist aus dem Register des *Perizonius* nicht zu ersehen. Kurz es läßt sich darüber nichts mit Gewißheit bestimmen, und es kann daher auch nur als Muthmaßung gelten, wenn *Gans* ⁴⁾ die *Lex Atilia* in die letzte Zeit des *Cicero* setzt. Uebrigens sollte wohl durch die Concurrenz der Volkstribunen bey der Bestellung der Tutoren, wie *Bröus* ⁵⁾ meint, Mißbrauch der Gewalt des Prätors verhütet werden. Von den zehn Tribunen aber, welche

2) *Animadversion. historic. Cap. I. pag. 27. sqq. (edit. Harles. Altenburg 1771. 8.)*

3) *Commentar. ad Institut. Pr. Tit. de Atilian. tut. p. 79.*

4) *Scholien zum Gajus. S. 208.* Er meint, auf diese Art lasse sich die schwierige Stelle bey *Cicero Topicor. Cap. 4.* erklären, wenn man annimmt, daß die Tutel aus der *Lex Atilia* zur Zeit, als *Cicero* die obige Stelle der *Topic* niederschrieb, noch gar nicht existirt habe. Man sehe aber dagegen die *Heidelberger Jahrbücher* vom Jahre 1821. S. 477. ff.

5) *Exposition. in Justiniani Institut. ad Tit. de Atilian. tut. nr. 1. pag. 141.*

es damals gab ⁶⁾, machten, wie auch Theophilus ⁷⁾ bemerkt, schon sechs die Mehrheit aus. Daß der Prätor etwa nur höchstens soviel habe bey der Ernennung eines Tutors zuziehen dürfen, scheint wohl nicht die Meinung der Lex Atilia gewesen zu seyn. Nein, alle zehn Tribunen mußten vom Prätor zugezogen werden, wie auch Vinnius ⁸⁾ ganz richtig bemerkt hat. Wen nun die Mehrheit der Volkstribunen nach angestellter Untersuchung zum Tutor gewählt hatte, wurde vom Prätor gegeben ⁹⁾, ohne daß von Seiten der übrigen Tribunen ein Intercessionsrecht Statt fand ¹⁰⁾, nicht als ob das Intercessionsrecht durch dieses Gesetz zu Gunsten der Pupillen wäre aufgehoben worden, wie viele ¹¹⁾ behaupten, sondern weil

6) LIVIUS Lib. III. cap. 50. POMPONIUS L. 2. §. 34. D. de Orig. iuris.

7) Paraphr. gr. ad pr. Tit. J. de Atilian. tut.

8) Commentar. ad pr. Inst. h. t.

9) So ist auch THEOPHILUS in Paraphr. gr. ad pr. J. h. t. zu verstehen, wenn er sagt: καὶ λέγομεν, ὅτι ἐν τῇ Ρώμῃ ὁ Πραιτωρ ὁ οὐρβανὸς, μετὰ τοῦ μείζονος μέρους τῶν δημάρχων (ὅτι δὲ ἦσαν οἱ πάντες) τουτέστι, μετὰ τῶν 5 ἢ 7, ἐπιζητήσας, τὸν ἐπιτήδειον δίδωσιν, Ατιλίου νόμου τοῦτο νομοδετήσαντος; i. e. *Et dicimus, in urbe Roma Praetorem urbanum cum maiori parte Tribunorum plebis (omnes autem DECEM erant) id est cum SEX aut SEPTEM, inquisitione habita, idoneum dare, lege ATILIA hoc sanciente.*

10) S. Schwegge Röm. Rechtsgefch. und Rechtsalterth. §. 419. S. 606. der 2. Ausg.

11) Franc. HOTOMANUS Commentar. ad Instit. pr. Tit. de Atil. tut. pag. 79. Jul. PACIUS Analys. Institut. tit. eod. pr. pag. 108. Arn. VINNIUS Commentar ad pr. J. h. t.

die Tribunen des Volks gleich von ihrer ersten Entstehung an unter sich festgesetzt hatten, daß gegen das, was von der Majorität beschlossen worden, keine Intercession der Einzelnen gelten sollte¹²⁾. Dieses Gesetz war ihnen zur Behauptung ihres Ansehens so heilig, daß sie sogar, wie uns Dionys von Halicarnas¹³⁾ erzählt, sich beim Antritt ihres Amtes zu dessen Beobachtung eidlich verpflichteten. Da sich die Lex Atilia nur auf das Gebiet der Stadt Rom beschränkte; so ward

12) S. Henr. Jo. ARNTZENIUS Miscellaneor. libr. (Traj. ad Rhen. 1774. 8.) Cap. XII. pag. 129 — 154.

13) Ρωμαϊκ. Αρχαιολογ. Lib. X. pag. 658. edit. Frid. SYLBURG (Lipsiae 1691. f.) Τοῖς δὲ ἄρα πᾶσιν ἦν ταῦτα κατ' ἀρχὰς δεδογμένα, μήτε εἰσηγήσασθαι τινα καιρὸν πολίτευμα, μηδὲν ἐφ' ἑαυτῶν βαλλόμενον, εἰάν μὴ πᾶσι τὸ αὐτὸ δοκῆ, μήτε ἐναντιωθῆναι τινα τοῖς πραττομένοις, ἀλλ' ὁ ἂν αἱ πλείους γινῶμαι δοκιμάσῃσι, τοῦτο εἶναι κέρριον. καὶ περὶ τούτων εὐδὲς ἅμα τῷ παραλαβεῖν τὴν ἀρχὴν ἱερὰ θύσαντες, ὄρκους ἔδωσαν ἀλλήλοις οὕτως οἰόμενοι μάλιστα τὸ τῆς δημαρχίας ἀκατάλυτον ἔσεσθαι κράτος, εἰάν τὸ στασιαζὸν ἐξ αὐτῆς ἀναιρεθῆ. i. e. *Sed iam a principio inter eos convenerat, ne quis privato consilio novum aliquod institutum inveheret, nisi idem toti collegio probaretur; nec ullas ullius actioni intercederet; sed quod plurium sententiis probaretur, id ratum esset: et in haec mox ab inito magistratu inter sacra coniaraverant, sic maxime rati fore inviolabilem suam auctoritatem, si dissidium e collegio tolleretur.* Der Ausdruck κατ' ἀρχὰς, den SYLBURG bloß durch ante übersetzt hat, soll vielmehr heißen: *a principio sc. illius temporis, quo Tribuni coeperunt creari*; so wie er auch von DIONYSIUS Lib. XI. pag. 700. und POLIABNUS Strateg. II. 2. 3. gebraucht worden.

II. in den Provinzen nach der Analogie derselben durch die *Lex Julia et Titia* den Praesides provinciarum ein gleiches Recht in Ansehung der Tutelen ertheilt. Ulpian ¹⁴⁾ sagt:

Sed quia *Lex Atilia* Romae tantum locum habet, *lege Julia et Titia* prospectum est, ut in provincia quoque ¹⁵⁾ similiter a Praesidibus earum dentur tutores.

Noch ausführlicher ist der Bericht des Theophilus ¹⁶⁾.

Στενοτάτη δὲ ἡ τούτου νομοθεσία· μέχρι γὰρ τῆς Ρώμης, καὶ οὐ περαιτέρω προβαίνει ἐν δὲ ταῖς

14) ULPIAN. *Fragm. Tit. XI.* §. 18.

15) *Paraphr. gr. ad pr. h. t.* (Tom. I, pag 164. sq. edit. Reütz.)

16) *Ant. SCHULTING* in *Jurispr. vet. Antejust. ad h. loc. ULPIANI*, Not. 53, pag. 601. bemerkt hier, daß der Singularis statt des Pluralis stehe, sey bey Ulpian nicht ungewöhnlich; wie z. B. gleich nachher §. 20. Eben so *Tit. I.* §. 13. und *Tit. VIII.* §. 4. Die beyden letzten Stellen möchten nun auch wohl beweisen, daß zuweilen in provincia statt in provinciis gesetzt sey. Allein in unserer Stelle, so wie in dem folgenden §. 20. konnte wohl nicht der Pluralis stehen. Es fällt in die Augen, daß in beyden Stellen statt in provincia quoque vielmehr quaque, das heißt, unaquaque gelesen werden müsse. In unserer Stelle beweisen es die folgenden Worte: a Praesidibus earum, welche man, jedoch ohne Noth, per Syllepsin numeri zu erklären pflegt. Noch deutlicher aber ist dieses aus dem folgenden §. 20. zu ersehen, wo es heißt: Sed postea Senatus censuit, ut ETIAM in provincia quoque similiter a Praesidibus earum ex eodem causa tutores dentur. Das etiam und quoque kann doch nicht Ulpian zugleich gebraucht haben. Auch

ἐπαρχίαις κατὰ μίμησιν τούτου γέγονασι β' νόμοι, Ιούλιος καὶ Τιτιανός, οἱ ἐκέλευσαν ἐν ἀπορίᾳ ἐπιτρόπου, κρίσει τοῦ ἀρχόντος τῆς ἐπαρχίας δίδουσαι ἐπιτροπὸν, ὅς ἐξ αὐτῶν ὠνόμασται Ιουλιος Τιτιανός. i. e. *Angustissima autem huius (sc. Atiliae legis) est sanctio: nam intra Romam, nec ulterius procedit. Sed in provinciis ad eius exemplum, duae factae sunt leges, JULIA et TITIANA, quae iubebant deficiente tutore, Praesidis provinciae iudicio, tutorem dari, qui ex illis dictus est JULIUS TITIANUS.*

Ob die *Lex Julia et Titia* nur ein Gesetz gewesen, oder wenigstens ursprünglich zwey, ist streitig. Nach der Paraphrase des Theophilus waren es zwey Gesetze. Allein viele ¹⁷⁾ halten dieses für einen Irrthum, und er-

Jo. CANNegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta h. t. §. 20. pag. 61. hat diesen widrigen Neologismus nicht unbemerkt gelassen. Um ihn zu beseitigen, will er für *etiam* lieber *eiusmodi* substituiren, und bezieht dieß auf die Personen, von denen in den vorhergehenden Worten die Rede war. Allein was hat *eiusmodi* mit *etiam* für Aehnlichkeit? Hingegen *quoque* für *quaque* zu schreiben ist eher verzeihlich. Wenn also Hugo in dem Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts S. 545. Z. 29. sagt: Die *Lex Julia et Titia* gab den Statthaltern, Praesides, jedem in seiner Provinz, eben die Rechte in Ansehung der Tutel, die der Prätor in Rom durch die *Lex Atilia* hatte, so ist dieses der verbesserten Lesart vollkommen gemäß.

17) *S. Car. Ann. FABROTUS ad Theophili Paraphras. (Tom. I. pag. 164. edit. Reitz.) Ev. OTTO Commentar. ad Instit. Tit. de Atil. tut. nr. 4. pag. 131. (edit. Traject. ad Rhen. 1729. 4.) Franc. BROEUS Exposition.*

klären die Namen von den beyden Consuln, auf deren Antrag das Gesetz gegeben seyn soll, nämlich dem Octavianus Augustus in seinem dritten Consulate, und dem Marcus Titius Rufinus. Die Lex Caecilia et Didia, Licinia et Mucia, Licinia et Junia hätten alle von ihren Urhebern zwey Namen, und jede derselben wäre doch nur Ein Gesetz. Nach der Zeit des Consulats jener angegebenen Urheber wird also die Lex Julia et Titia in das Jahr der Stadt Rom 722 gesetzt¹⁸⁾. Die gegen den Theophilus vorgebrachten Gründe sind jedoch viel zu schwach, um mit den Gegnern desselben die Uebersetzung zu theilen, daß Theophilus, der zur Zeit der Justinianischen Gesetzgebung lebte, und dessen Paraphrase man es recht deutlich ansieht, daß er die echten Werke der Alten gekannt und gelesen hatte¹⁹⁾, hierin geirrt habe. Achtungswürdiger spricht der große Cujaz²⁰⁾ von unserm

in Justin. Instit. eod. tit. nr. 3. pag. 143. Jo. Gottl. HEINECCIUS Histor. iuris civ. Lib. I. Cap. IV. §. 164. Not. * (pag. 248. edit. Ritter. Argentor. 1765.) und Jo. Aug. BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 94.

18) So nach der Angabe des Guid. PANCIOLOUS Thes. variar. Lection. utriusque iuris. Lib. II. Cap. 277. p. 443. (Lugduni 1617. 4.) dem auch Ant. MATTHAEI Commentar. ad Institut. ad pr. Tit. de Atil. tut. nr. 9. p. 443. Ant. SCHULTING Jurispr. vet. Antejust. ad Ulpian. Tit. XI. §. 18. Not. 51. p. 601. und alle in der Note 17. angeführten gefolgt sind.

19) S. Hugo Lehrb. d. Gesch. des Röm. Rechts. Einleit. S. 17. und Phil. Bernh. Degen Bemerkungen über die Institutionen Paraphrase des Theophilus (Lüneburg 1809) 5. Abschn.

20) Commentar. in Lib. X. Dig. Salvii Juliani ad L. 19.

Theophilus, wenn er sagt: *Fuit hic auctor ut et vetustissimus, ita et iuris peritissimus, ita ut ab iis, quae scribit, non sit temere recedendum.* Ihm sind daher fast durchgehends die neuern Rechtsgelehrten ²¹⁾ gefolgt. Wir können aber auch dem Zeugniß des Theophilus um so gewisser trauen, da die bey Anführung dieser Gesetzes-Ausdehnung durchgängig, und auch wieder bey Gajus ²²⁾ gebrauchte Copula *et*, wodurch die Lex Julia und Titia mit einander verbunden werden, hinlänglich beweist, daß von zwey Gesetzen die Rede sey ²³⁾. Es ist übers §. 1. D. de reb. credit. (*Opp. postumor. a FABROTO editor. Tom. III. pag. 55.*)

21) Man vergleiche vorzüglich *Aug. Christ. MARCHE Diss. de tutoribus ex Lege Julia et Titia. Lipsiae 1756.* (in *Dan. FELLEBERG Jurisprud. antiqua Tom. II. Nr. XIX. pag. 543 — 589.*) *Guil. Ott. REITZ Excurs. ad pr. tit. de Atiliano tut. adj. THEOPHILI Paraphr. gr. Instit. Tom. II. pag. 1197 — 1199.* *Jo. Theoph. SEGER Historia iuris Rom. de tutelis et curationib. §. VIII.* (in *Opusc. pag. 100. sq.*) *Car. Frid. WALCH ad Hoppii Comment. in Instit. ad pr. Tit. de Atil. tut. not. c.* und *Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. B. §. 254. S. 880.*

22) *Commentar. I. §. 187.*

23) So z. B. sind die *Lex Aelia et Fusia, Lex Licinia et Aebutia, Lex Julia et Plautia, Lex Sempronia et Julia, Lex Julia et Papia Poppaea*, lauter verschiedene Gesetze. *S. MARCHE cit. Diss. §. IV.* (bey *FELLEBERG Tom. II. pag. 549.*) Wie wird man hingegen irgendwo finden, *Lex Fusia et Caninia, Lex Aelia et Sentia, Lex Junia et Norbana, Lex Junia et Velleja, Lex Junia et Petronia*, weil jedes dieser Gesetze, wenn es gleich zwey Namen hat, doch nur Ein Gesetz ist. Die als Gegenbeweis angeführten *Lex Caecilia et Didia, Lex Licinia et Mucia*, und *Lex*

dem mit nichts bewiesen, daß August in seinem dritten Consulate den Marcus Titius zum Collegem gehabt habe. Die fasti consulares²⁴⁾ lehren vielmehr, daß M. Valerius Messala Corvinus mit August im Jahr 723 der Stadt Rom Consul gewesen, und Marcus Titius in die Stelle des Augustus, der nicht das ganze Jahr hindurch sein drittes Consulat geführt hat, surrogirt worden sey²⁵⁾. Es kommt also nur noch darauf an, Wer von jedem dieser Gesetze der Urheber sey, und

Licina et Junia schwächen das Zeugniß des Theophilus noch nicht. Zwar behauptet MANUTIUS libr. de Legibus pag. XXXIX. (*Venetius* 1557. f.) die *Lex Caecilia et Didia* sey nicht Ein Gesetz, sondern habe aus zwey verschiedenen Gesetzen bestanden. Allein wie unsicher die von ihm aus CICERO *Orat. pro Domo* cap. 20. und *Philipp. V.* cap. 3. entlehnten Beweise sind, hat Christ. Gottl. EINERT Diss. de Lege Caecilia et Didia. Lipsiae 1769. §. 5. gezeigt. Verschiedene Kapitel sind ja noch keine verschiedenen Gesetze. Auch die *Lex Licinia et Mucia* war gewiß nur Ein Gesetz, wie aus CICERO *de Officiis* Lib. III. cap. 11. erhellet. Eben so die *Lex Licinia et Junia*, welche von CICERO *Philipp. V.* cap. 3. selbst *recens lex* genennet wird. S. EINERT Diss. cit. §. 9. Allein ob es mit der *Copula et* hier überall seine Richtigkeit habe, bleibt noch immer zu fragen übrig; wenigstens nennt CICERO in *Orat. pro P. Sextio* Cap. 64. die *Lex Caecilia* (nicht *Acilia* S. EINERT Diss. cit. §. 2.) *Didia*, und die *Lex Licinia Junia* ohne die *Copula et*.

24) S. Theod. Janson. ab ALMELOVERN Pastor. Romanor. Consular. Lib. I. pag. 104.

25) DIO CASSIUS *Histor. Rom.* Lib. XLIX. et L. und SUTONIUS in *vita Augusti*. Cap. 26. S. MARCHE Diss. cit. §. IV. Not. 11. (bey FELLEBERG pag. 552. sq.)

Wenn jedes derselben gegeben worden? Soviel die *Lex Julia* anbetrifft; so ist sie wohl ohne Zweifel dem R. August zuzueignen, der sie in der Eigenschaft als Consul in Vorschlag brachte. Denn die Comitialgesetze, welche auf den Vorschlag des Julius Cäsars, und des Kaisers Augustus, als Consul, in Vorschlag gebracht worden sind, haben das Eigene, daß sie den Namen der *Leges Juliae* führen, und zwar nur von diesen allein den Namen haben, ohne Beyfügung des Namens von dem andern Consul. Haben also diese *Leges Juliae* dennoch einen zweyten Namen, so daß die beyden Namen durch die Copula *et* mit einander verbunden werden, so ist dieses ein sicherer Beweis, daß es zwey verschiedene Gesetze sind, wie z. B. die *Lex Julia et Plautia*, die *Lex Julia et Papia Poppaea*²⁶⁾. Daß aber nicht Julius Cäsar, sondern R. Augustus für den Urheber unserer *Lex Julia* zu halten sey, ist daraus abzunehmen, weil Er es war, der seine Hauptsofgrfalt auf die Provinzen richtete²⁷⁾, und dieselben, da sie vorher entweder *proconsulares*, oder *praetoriae*, oder *quaestoriae* waren, auß neue dergestalt eintheilte, *ut aliae propriae Populi Romani, aliae propriae Caesaris esse intelligerentur*, wie Gajus²⁸⁾ sagt. Die letzten waren die wichtigeren, welche der Kaiser, als allgemeiner Statthalter derselben, durch eigene Obriigkeiten (*legati Augusti*) regieren ließ, während jene, freylich die weniger

26) S. MARCHE cit. Diss. §. IV. Not. k. (bey FELLEBERG Tom. II. pag. 552.)

27) DIO CASSIUS *Histor. Rom.* Lib. LIII. pag. 506. et Lib. LIV. p. 524. SÜETONIUS *in vita Augusti.* Cap. 47.

28) *Commentar.* II. §. 21.

bedeutenden, nach der ältern Verfassung von den abgegangnen Consuln und Präto ren (Proconsules, Propraetores) regiert wurden ²⁹⁾. Für beyde Arten galt jedoch der allgemeine Name *Praesides provinciarum* ³⁰⁾. Seinen Provinzen gab auch August neue Gesetze, und sehr wahrscheinlich bezog sich die *Lex Julia de tutoribus a Praesidibus provinciarum dandis* auf die kaiserlichen Statthalter ³¹⁾. Erwägt man nun noch, mit welcher Sorgfalt sich August der Pupillen und Blödsinnigen, nach Suetons ³²⁾ Erzählung, angenommen habe, denen er Vormünder geben ließ, donec adolescerent aut resipiscerent; so findet fast kein Zweifel mehr Statt, daß Kr. August für den Urheber der *Lex Julia* zu halten, und dieses Gesetz wahrscheinlich im Jahr 726. der Stadt Rom gegeben sey ³³⁾. Weniger Gewisheit haben wir über die Zeit und den Urheber des andern Gesetzes, der *Lex Titia*. Älter als die *Lex Julia* war sie gewiß. Denn wer sollte glauben, daß man seit der *Lex Atilia* nicht auch daran gedacht haben sollte, den Pupillen in

29) DIO CASSIUS Lib. LIII. pag. 503. sq. et Lib. LIV. pag. 523. S. Hugo Lehrb. der Gesch. des Röm. Rechts. S. 519. (der 8. Ausg.) auch Jac. GUTHRIUS de Officiis domus August. Lib. I. cap. 5. und M. August. CAMPARIANI de officio et potest. Magistratum Romanor. pag. 342. sqq.

30) L. 1. D. de officio Praesidis.

31) S. Hugo Lehrb. der Gesch. des R. Rechts. S. 545. Z. 26. und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts 1. B. §. 234. S. 880.

32) Vita Augusti. Cap. 48.

33) S. MARCHE Diss. cit. §. VII. et VIII. (bey FALLENBERG Tom. II. pag. 560 — 564.)

den Provinzen Tutoren zu geben, da sich jener Volksschluß ausdrücklich nur auf die Stadt Rom beschränkte? Wir haben ja auch das Beispiel von Sicilien, der ersten Provinz aufferhalb Italien, wo nach den Berichten des Cicero³⁴⁾ und Diodorus Siculus³⁵⁾ schon lange

34) *In Verrem*, Lib. I. Cap. 56. Quibus de bonis? pupilli, cuius aetatem et solitudinem, etiamsi tutores non essent, defendere Praetor debuit.

35) *Excerpt. Peirescian.* ab Henr. VALBIO edit. pag. 397. (edit. Wesseling Vol. II. pag. 611.) Hier wird von einem gewissen LUCIUS ASELLIUS, der als Statthalter nach Sicilien war geschickt worden, gerühmt: Τῶν γὰρ ἄλλων στρατηγῶν εἰωθότων διδόναι προστατας τοῖς ὀρφανοῖς καὶ γυναιξίν ἐρήμοις συγγενῶν, οὗτος ἑαυτὸν τούτων ἀνέδειξε φροντιστήν. i. e. *Nam cum reliqui Praetores pupillis ac viduis, agnatorum cura destitutis, tutores dare soliti essent, hic eiusmodi personarum ipse tutelam suscepit.* Diese Stelle ist jedoch nicht so zu verstehen, als ob Asellius selbst die Vormundschaft über Wittwen und Waisen übernommen habe, wie sie HEINBOCIUS in *Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp.* in *Addend. ad p. 338.* versteht, sondern der Sinn derselben ist. Wenn des Asellius Amtsvorfahren ihrem Amte durch Bestellung der Vormünder ein Genüge gethan zu haben glaubten, unbekümmert, ob sie die Tutel gut oder schlecht verwalteten; so habe Asellius es dabey nicht bewenden lassen, sondern sich auch um die Verwaltung der Vormünder selbst bekümmert, wie aus den folgenden Worten erhellet. Man sehe MARCHE *cit. Diss. §. IX. Not. h.* (bey FELLENBURG T. II. pag. 567. sq.) MARCHE *cit. Diss. §. I.* (bey FELLENBURG Tom. II. pag. 544.) führt auch noch eine Stelle aus APULEJUS *Metamorph. Lib. I. pag. 5.* edit. Pric. (p. 6. edit. Alteburg. 1778. 8.) wo Aristomenes zum Socrates sagt: *Hem mi Socrates, quid istud? quae*

vor August die Obrigkeiten dafür sorgten, daß den Pupillen und Weibern, die nicht unter der Vormundschaft der Agnaten standen, Tutoren gegeben wurden. Daß dieses in Folge der *Lex Titia* geschehen sey, ist wohl mit Grund nicht zu bezweifeln³⁶⁾. Denn es läßt sich eben so wenig beweisen, daß dieses ein eigenes Recht für die Provinz Sicilien gewesen, wie einige³⁷⁾ behaupten wollen, als sich mit andern³⁸⁾ die Nothwendigkeit einer solchen Bevormundung aus einer *lex Hieronica* oder *Rupilia* herleiten läßt, weil jene eine *lex agraria et frumentaria*³⁹⁾, diese aber eine *lex iudicia-*

facies? quod flagitium? At vero domi tuae iam defletus et conclamatus es, *liberis tuis tutores iuridici provincialis decreto dati*. Denn unter dem *iuridicus provincialis* sey hier nicht gerade der *Juridicus Alexandriae* zu verstehen; dessen §. 5. *J. de Atilian. tut.* gedacht wird, sondern jeder *iudex* werde bey den lateinischen Classikern *iuridicus* genennt, wie z. B. bey *SENECA Hercul. far. Act. II. v. 581*. Man vergleiche auch *L. 41. §. 5. D. de fideic. libertat.* Nach der Bemerkung des *PRICARUS* steht auch statt *iuridici provincialis* in mehreren Ausgaben *iudicis provincialis*.

36) G. MARCHE Diss. cit. §. I. Not. I. (bey FELLEBERG Tom. II. pag. 545.) und Zimmern Gesch. des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 254. Not. 29. S. 881.

37) Ant. SCHULTING ad *Ulp. Tit. XI. §. 18. Not. 51.* (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 601.) HEINECCIUS *Antiquitat. Romanar. Lib. I. Tit. 20. §. XI. pag. 170. u. a.*

38) HOTOMAN *Commentar. ad Institut. Tit. de Atilian. tut. pr.*

39) CICERO in *Verrem. Lib. II. cap. 13. et cap. 60. Lib. III. cap. 6.* von dem König Hiero von Sicilien. G. DIODORUS SICULUS *Excerpt. Peiresc. edit. Vales*

ria ⁴⁰) war. Da es jedoch zur Zeit des Röm. Freystaats mehrere Tribunen gab, die den Namen *Titius* führten ⁴¹), und nach denen, als Urhebern, Volksschlüsse benennt worden sind ⁴²), so ist noch die Frage übrig, Wem unsere *Lex Titia* zuzueignen sey? Die größte Wahrscheinlichkeit hat wohl die Meinung des *Pighius* ⁴³) für sich, daß der Tribun *Quintus Titius* der Urheber dieses Volksschlusses sey,

pag. 281. *POLYBIUS Lib. I. Cap. 16.* und *JUSTINUS Lib. XXIII. cap. 4.*

40) *CICERO in Verrem. Lib. II. cap. 15. et 15. Lib. III. cap. 18. et 40.* von dem Consul *P. RUTILIUS RUFUS* im J. 622. *CICERO in Verr. II. 15.* *VALERIUS MAXIMUS Lib. VI. cap. 9.* *PIGHIVS Annal. P. Rom. Tom. III. pag. 17.*

41) *Z. B. M. TITIVS RUFVS, SEXTVS TITIVS, C. TITIVS, Q. TITIVS.* *S. MARCHE Diss. cit. §. V. Not. c.*

42) Man denke an die *Lex Titia de provinciis*, *L. Titia de lusu*. *L. Titia agraria*, *L. Titia de muneribus.* *S. MARCHE §. V. not. d.*

43) *Annal. Tom. III. pag. 114.* Nur darin irrt wohl ohne Zweifel *Pighius*, daß er glaubt, *Q. Titius* habe mit seinem Collegem, dem Tribun *L. Villius*, das Gesetz in Vorschlag gebracht. Er vertauscht daher den Namen *Lex Julia et Titia* mit *Lex Villia et Titia*, und eignet die gewöhnliche Benennung einem Fehler der Abschreiber zu, wie er *Annal. II. pag. 115.* zu beweisen gesucht hat. Allein mit Recht wird jetzt diese Meinung allgemein verworfen, wenn gleich *Vaillant in Nummis antiqu. Familiar. Roman. Tom. II. pag. 354.* und *Ge. Schubart de Fatis Jurispr. Rom. Ex. II. §. 75. p. 354.* durch die sehr scheinbaren Gründe des *Pighius* verführt wurden. Man sehe *MARCHE Diss. cit. §. II. Not. c.* (bey *Fellenberg pag. 546.*)

nicht, wie Zafius⁴⁴⁾ glaubt, Cajus Titius der Vater, welcher im J. Rom's 488. Tribun war. Denn die von diesem benannte Lex Titia gieng nur die provinciae quaestoriae an, und handelte von der Verdoppelung der Zahl der Quästoren⁴⁵⁾. Ueberdem hatten damals die Römer noch keine Provinzen ausserhalb Italien erobert. Denn Sicilien, unter allen die erste, kam erst unter den Consuln Manlius und Luctatius im Jahre 515 in die Gewalt derselben⁴⁶⁾. Es war aber gerade das Jahr 526, in welchem Quintus Titius Volkstribun war, wo zuerst Prätores cum imperio in die Provinzen geschickt wurden⁴⁷⁾. Es war also ein neues Gesetz nöthig, wenn auch diese Prätores zur Bestellung der Tutoren berechtigt seyn sollten⁴⁸⁾. Die Lex Titia ist demnach älter, als die Lex Julia. Daß aber dennoch der Name Julia dem Namen Titia ist vorgesetzt worden, ist wohl reverentiae causa geschehen⁴⁹⁾, wie bey der Lex Julia et Plautia⁵⁰⁾, von denen auch die Lex Plautia älter, als die Lex Julia ist⁵¹⁾. Obwohl

44) Catalog. Legg. antiquar. h. L. pag. 113

45) TACITUS *Annal. Lib. XI. cap. 22. CICERO pro Murena. Cap. 8. PIGHIUS Annal. Rom. Tom. I. pag. 465.*

46) PIGHIUS *Annal. Tom. II. pag. 68.*

47) PIGHIUS *Tom. II. pag. 115.*

48) S. vorzüglich MARCHE *cit. Diss. §. VI. Not. e. (bey FELLEBERG Tom. II. pag. 559. sq.)*

49) S. MARCHE *cit. Diss. §. IV. Not. g. et §. V. Not. b. und Zimmer n §. 254. Not. 25. S. 880.*

50) §. 2. I. de *Usucap.*

51) S. Jos. Fernand. de RETES ad Leg. Atiniam, Juliam et Plautiam. P. II. §. 26 et 27. (in *Thes. Meerm. T. VI. pag. 483.*)

Julian⁵²⁾ beyde Gesetze in chronologischer Ordnung genannt hat. Zwar hat gerade wegen dieser umgekehrten Ordnung, bey der Benennung der *Lex Plautia et Julia*, Keiſ⁵³⁾ ſich veranlaßt gefunden, die Meinung des Marche, daß die *Lex Titia* ein Plebiſciturum, und älter, als die *Lex Julia*, ſey, zu bezweifeln, und iſt auf die Muthmaßung gefallen, der Consul *M. Titius*, der im J. der St. Rom 723. in die Stelle des Ks. Auguſt, als Consul ſuffectus, eingetreten, habe vielleicht auf deſſen Rath die *Lex Julia* dem Volke nochmals empfohlen, und durch ſeinen Vorſchlag die Ausdehnung deſſen auf alle Provinzen des Röm. Reichs bewirkt, was das Julische Geſetz nur für die Provinz Sicilien ſanctionirt hatte. Allein dieſe Muthmaßung iſt mit gar nichts unterſtützt. Wahrſcheinlicher iſt es, daß durch die *Lex Julia* auf die kaiſerlichen Statthalter ausgedehnt worden, was die *Lex Titia* für die ehemals vorkommenden Praesides verordnet hatte⁵⁴⁾, wozu vielleicht die Eroberung der Provinz Sicilien, als der erſten Provinz auſſerhalb Italien, die Veranlaſſung gegeben hat.

Ob übrigens der Praeses provinciae bey Ernennung der Tutoren freyer geweſen, als der Praetor urbanus, oder ob ihm, ſtatt der Tribunen, Jemand anders zugegeben worden ſey, darüber finden ſich keine Nachrichten⁵⁵⁾. Jedoch ernannte auch der Praetor urbanus den neben einem bereits vorhandenen Tutor nöthig werdenden Vormund in Rom allein, und eben ſo erlaubte die *Lex*

52) L. 33. §. 2. D. de Usurpat. et usucap.

53) Cit. Excurs. ad Theophilum. Tom. II. pag. 1199.

54) S. Hugo Geſch. des Röm. Rechts. S. 545. Z. 25.

55) S. Hugo a. a. O. S. 546. Z. 1. f.

Julia de maritandis ordinibus den Frauenspersonen, sich von dem Praetor urbanus, an ihres unmündigen gesetzlichen Tutors Stelle, einen andern zur Constituirung einer dos zu erbitten ⁵⁶⁾.

Zu den zur Ernennung der Tutoren berechtigten Obrigkeiten gehörten ferner

III. die Consuln. In den Institutionen ⁵⁷⁾ wird erzählt, es wären in der Folge den Pupillen nicht mehr nach jenen Gesetzen, der *Lex Atilia*, und der *Lex Julia et Titia*, Tutoren gegeben worden, und zwar aus dem Grunde, weil in denselben weder Etwas von der Cautionsleistung der Tutoren zur Sicherung des Vermögens der Pupillen, noch darüber Etwas enthalten gewesen, wie Vormünder zur Verwaltung der Vormundschaft genöthiget werden könnten. Nun hätten zuerst die Consuln angefangen, den Pupillen beyderley Geschlechts nach vorgängiger Prüfung Tutoren zu bestellen. *Suetonius* ⁵⁸⁾ giebt darüber nähere Nachricht. Er erzählt nämlich, Kaiser *Claudius* habe verordnet: *ut pupillis extra ordinem tutores a CONSULIBUS darentur*. Mehrere ⁵⁹⁾ haben

56) *GAJUS Instit. Comment. I. §. 178.* Nam et lege JULIA de maritandis ordinibus ei, quae in legitima tutela pupilli sit, permittitur dotis constituendae gratia a Praetore urbano tutorem petere. S. auch *ULPIAN. Fragm. Tit. XI. §. 20.*

57) §. 3. I. de Atiliano tut.

58) In vita Tib. Claudii. Cap. 23.

59) *Ant. AUGUSTINUS lib. de Legib. et Scis. Lex Atilia. pag. 39. (Paris 1584 f.) Ev. OTTO Commentar. ad §. 3. I. de Atil. tut. Henr. BRENCMANN de Lege Remmia Cap. XI. (in Thes. I. R. Otton. Tom. III. pag. 1604. Not. a.) u. a.*

behaupten wollen, durch diese Lex Claudia seyen die vorhergehenden Gesetze, die Lex Atilia und die Lex Julia et Titia aufgehoben worden. Diese Meinung scheint auch Theophilus zu begünstigen, welcher in seiner griechischen Paraphrase ⁶⁰⁾ sagt: Ἀλλὰ ταῦτα μὲν τὸ παλαιὸν μετὰ δὲ ταῦτα ἢ τῶν Αἰλιανῶν καὶ Ἰουλιοτιτιανῶν ἀνηρέθη δόσις. d. h. Sed haec antea. Postea tutorum ATILIANORUM et JULIO-TITIANORUM datio SUBLATA est. Allein Sueton sagt ja nur, daß die Consuln extra ordinem den Pupillen Vormünder gegeben hätten, das heißt also, wie es auch Janus a Costa ⁶¹⁾ versteht, praeter eos, qui iure ordinario in urbe ex lege Atilia tutores dabant, vielleicht in solchen Fällen, wo der Prätor in Rom unterlassen hatte, einen Tutor zu ernennen. Dann gieng die Constitution des K. Claudius auch nur auf Rom ⁶²⁾. Denn so sollten auch nur in Rom die Consuln, oder der Prätor in Fideicommissachen sprechen ⁶³⁾. Gesezt also, die Ernennung der Vormünder ex lege Atilia habe nach und nach aufgehört, seitdem die Consuln angefangen, den Pupillen ex inquisitione Tutoren zu bestellen, besonders nachdem das Ansehen der Volkstribunen unter den Kaisern so sehr gesunken war ⁶⁴⁾; so haben doch gewiß noch unter Clau-

60) Ad. §. 3. I. de Atil. tut. Tom. I. pag. 166. edit. Reitz.

61) Commentar. ad §. 3. I. de Atil. tut. pag. 106.

62) G. MARCHE Diss. §. X. Not. b.

63) SURTONIUS in vita Claudii. cap. 23. ULPIAN. Fragm. Tit. XXV. §. 12.

64) G. PLINIUS Lib. I. Epist. 23. Christ. Gottl. SCHWARZ Exerc. de Augustor. Caesarumque Rom. tribunicia potestate. Altorf. 1715. 4. §. 24. und Mich. Congr.

dius, und lange nachher die Statthalter der Provinzen Vormünder ernannt. Denn Justinian nennt ja selbst gleich nachher ⁶⁵⁾ die Praesides noch als competente Vormundschaftsbehörde in den Provinzen. Es kann wohl seyn, daß die Statthalter in den Provinzen Anfangs bey der Bestellung der Vormünder nicht mit der gebührenden Vorsicht verfahren, sondern ohne alle vorgängige Untersuchung Tutoren gaben ⁶⁶⁾. Man sieht dieß aus der Vergleichung, welche Diodorus Siculus ⁶⁷⁾ zum Lobe des Afellius zwischen ihm und seinen Vorgängern anstellt, und von ihm rühmt, daß ihm die Sorge für die Pupillen und Frauen, die keine Agnaten hatten, mehr am Herzen gelegen habe, als seinen Vorgängern, welche sich überhaupt nur Vormünder gegeben zu haben begnügt hätten, vielleicht weil die Gesetze weiter nichts verlangten. Sie hätten sich zwar freylich wenigstens Caution sollen leisten lassen, aber auch davon war in den oben erwähnten Gesetzen nichts enthalten. Indem nun aber auch die Statthalter der Provinzen, nach dem Beispiel der Consuln, denen man ja ohnehin, wenn sie in Rom abgegangen waren, die Verwaltung einer Provinz pro consule zu übertragen pflegte, Tutoren ex inquisitione zu bestellen angefangen hatten; so konnte Justinian wohl sagen, man habe aufgehört, Tutoren mehr nach jenen Gesetzen zu bestellen, und es ist denn auch wohl für keinen Irrthum zu halten, wenn Theophilus sagt,

CURTIVS Commentarior. de Senatu Rom. post tempora
lib. Reip. Lib. II. Cap. 5.

65) §. 4. I. h. t.

66) S. BROBUS und HOTOMAN. Commentar. ad §. 3. I. de
Atil. tut.

67) *Excerpt. Peirescian.* pag. 597. edit. Valesii. S. Not. 55.

die Bestellung Atilianischer, und Julius-Titianischer Vormünder sey aufgehoben. Es ist indessen auffallend, daß weder Gajus⁶⁸⁾ noch Ulpian⁶⁹⁾ der Consuln, als Vormundschaftsbehörde ex lege Claudia, gedenken, sondern beyde von der Lex *Atilia*, so wie von der Lex *Julia et Titia* sprechen, als wären sie noch zu ihrer Zeit gültig gewesen. Dieß kann wenigstens zum Beweis dienen, daß die lex *Claudia* auf keinen Fall eine durchgängig reformirende Verordnung gewesen sey⁷⁰⁾. Die Beyspiele von consularischer Ernennung der Vormünder sind daher auch bey den Classikern nicht so häufig. Nur unter Trajan kommt ein solcher Fall bey Plinius⁷¹⁾ vor, wo CORNUTUS sagt: *Datum se a CONSULIBUS tutorem Helvidii filiae, petente matre eius et vitrico*. Daß die Consuln auch mangelhafte testamentarische Tutelen bestätigen konnten, wie Modestin⁷²⁾ sagt, hängt mit dem obrigkeitlichen Ernennungsrechte vollkommen zusammen. Außer den bemerkten Obrigkeiten pflegten auch wohl die Kaiser selbst Tutoren zu bestellen. Spartian⁷³⁾ erzählt vom K. Hadrian, eum tutores saepissime dedisse. Vom Kaiser Marcus Aurelius Antoninus ward aber

IV. ein eigener Prätor bloß für das Vormundschaftswesen angestellt, welcher daher *Praetor tutelar*

68) *Comment. I. §. 185 — 187. et §. 193.*

69) *Fragm. Tit. XI. §. 15.*

70) S. Zimmermann *Gesch. des Röm. Privat. Rechts. 1. B. §. 235.*

71) *Lib. IX. Epist. 13.*

72) *L. 1. §. 1. in fin. de confirm. tut.*

73) *In vita Hadriani Cap. XXI. pr.*

genannt wurde⁷⁴). Justinian⁷⁵) gedenkt desselben nicht, sondern sagt bloß, nach den Consuln hätten auch die *Praetores ex Constitutionibus* Tutoren gegeben. Aber Julius Capitolinus⁷⁶) erzählt vom Kaiser Marcus: *Praetorem tutelarem primus fecit, quum ante tuto-*

74) In *L. 2. C. Quando mulier tutelae officio.* (V. 35.) heißt er Praetor, qui impertiendis tutoribus praesidet. und *L. 1. pr. C. de tutorib. vel curator. personar. illustr.* (V. 33) Praetor, qui tutelaribus cognitionibus praesidet. Bey PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. V. Tit. 16. §. 2.* Judex tutelar. Paulus und Ulpian haben auch *de officio praetoris tutelar* geschrieben. Aus beyder Schriften finden sich Stellen in den *Fragmentis iuris civ. Antejustin. Vatican.* ab Ang. MAJO edit. (Romae 1823. 4.) pag. 56. et 58. sq. Man sehe auch *L. 9. D. de Excusat.* Ganz irrig ist die Idee des Guid. PANCIROLUS *Thes. variar. Lectionum utriusq. iuris. Lib. II. cap. 57.* welcher meint, der Praetor *tutelar*, von dessen officio Ulpian geschrieben, sey einer von den 16 Prätoeren gewesen, welche August, nach der Erzählung des Pomponius *L. 2. §. 32. D. de Orig. iuris,* eingeführt habe. Dieser Prätor, sagt er, habe seinen Namen daher erhalten, weil er über die vier Cohorten, welche August zum Schutz der Stadt Rom gehalten, und die davon *Cohortes praetoriae* heißen, gesetzt gewesen sey. Dieß, meint er, beweise der Inhalt der angeführten *L. 9.* Allein sämtliche Fragmente, die in den angeführten *Fragment. Vatican.* pag. 56. enthalten sind, beweisen, daß Ulpian in der angeführten Schrift von der Bestellung der Tutoren, und deren Excusation gehandelt habe, und dieses erhellet auch aus der daraus genommenen *L. 9.*

75) §. 3. *J. h. t.*

76) *Vita Marci Antonini Philosophi. Cap. X. in fin.*

res a Consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur. Daß Justinian diese Praetores tutelares gemeint habe, ist wohl keinem Zweifel unterworfen, und es ist daher nicht nöthig, die gemeine Lesart praetores mit Hotoman⁷⁷⁾ für fehlerhaft zu haben, und dafür praetor zu lesen, da die Paraphrase des Theophilus die gemeine Lesart bestätigt, wenn man nicht etwa mit Balduin⁷⁸⁾ und Westenberg⁷⁹⁾ annehmen will, daß in der Folge die Prätores in Rom, so wie die Präses in den Provinzen das Recht, Vormünder zu ernennen, wieder ausgeübt haben. Es läßt sich dieses auch mit vieler Wahrscheinlichkeit aus dem folgenden §. 4. *L. h. t.* schließen. Was aber die Constitutionen anlangt, deren Justinian hier gedenkt, so versteht man darunter gewöhnlich⁸⁰⁾ die Constitution des Kaisers Trajan⁸¹⁾, wodurch zuerst die Satisfaktion oder Caution der Tutoren, *rem pupillo salvam fore*, eingeführt worden, und die Verordnung des Kaisers Antoninus Pius⁸²⁾, nach welcher der Vormund zur Uebernehmung der Tutel sollte gezwungen werden können. Denn die *Leges Atilia, Julia et Titia* hatten so wenig von dem Zwange zum Ab-

77) Commentar. ad §. 3. *J. h. t.*

78) Comm. ad §. 3. *J. eodem.*

79) Divus Marcus. Diss. XI. §. 7. (*Opp.* Tom. III. p. 126.)

80) *S. Franc.* HOTOMAN Comment. ad §. 3. *J. de Atil. tut.* ad verba: *Nam suprascriptis legibus.* pag. 81. und *Franc.* BROBUS Exposition. in Justin. Instit. Tit. eodem. nr. 5. pag. 143.

81) *L. 5. Cod. de magistratib. conveniend.*

82) *L. 1. pr. D. de administrat. et peric. tutor. et curator.* (XXVI. 7.) *L. 1. C. In quibus casibus tutor. vel curator. habenti.* (V. 56.)

ministriren, als von einer Cautionsleistung der Vormünder etwas verordnet, wie Justinian ⁸³⁾ in folgenden Worten selbst sagt: *Nam supradictis legibus neque de cautione a tutoribus exigenda, rem salvam pupillis fore: neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem, quicquam cavebatur.* Jedoch ist die Satisfaction der Vormünder nie ganz allgemein geworden ⁸⁴⁾ so wie sich denn auch durch die Praxis der Behörden, welche die Vormünder bestellten oder confirmirten in Verbindung kaiserlicher Rescripte oder Senatschlüsse, und der Interpretation der römischen Juristen nach und nach eine Reihe von Excusations-Gründen bildete ⁸⁵⁾. Von beyden wird an seinem Orte gehandelt werden. Eine Oratio des Kaisers Marcus soll auch, wie Ulpian ⁸⁶⁾ sagt,

V. dem *legatus Proconsulis*, so wie eine Constitution von eben demselben ⁸⁷⁾

VI. dem *Juridicus Alexandriae* ⁸⁸⁾ die Befugniß

83) §. 3. *in fin. J. h. t.*

84) S. Zimmern *Gesch. des R. Pr. Rechts.* 1. B. §. 249. S. 945.

85) S. Zimmern §. 241.

86) *L. 1. §. 1. D. h. t. L. 15. D. de officio Proconsulis.* Es konnte jedoch der *legatus Proconsulis* das Recht Vormünder zu ernennen, wenn es ihm auch gleich *ex lege* zustand, anders nicht ausüben, als wenn ihm der *Proconsul* die Jurisdiction übertragen hatte. *L. 15. D. de offic. Proconsulis.* S. den 5. Th. dieses *Commentars* §. 208. *Not. 87.* S. 291. der 2. Aufl.

87) *L. 2. D. de officio Juridici.* (l. 20.)

88) S. Noodr *Commentar. ad Dig. Lib. I. Tit. 20.* (*Opp.* Tom. II. pag. 47. *CAMPIONI de officio et potestate Ma-*

zur *tutorum datio* gegeben haben, und dieses scheint nachher auf alle *iuridici* ausgedehnt worden zu seyn, weil, wie Ulpian in seinem Buche *de officio Praetoris tutelaris* ⁸⁹⁾ bemerkt, ein Rescript des Kaisers Alexander Severus *in his regionibus, quae sunt sub IURIDICIS* ⁹⁰⁾, dem Praetor tutelaris die Befugniß den Pupillen Vormünder zu geben, abspricht. Außer den Statthaltern der Provinzen konnten auch

VII. die *magistratus municipales* Vormünder bestellen, und zwar sagt Ulpian *libro trigesimo sexto ad Edictum* ⁹¹⁾: *Jus dandi tutores datum est omnibus*

gistratum Romanor. ad L. 2. D. de offic. iuridici Alex. pag. 451. und den 2. Th. dieses Commentars. §. 183. S. 600.

89) Die hierher gehörige Stelle befindet sich in den Fragment. *iuris civ. Antejustinian. Vatican. a MAJO edit. (Romae 1823.) pag. 56.*

90) JULIUS CAPITOLINUS *in Vita M. Antonini. Cap. XI. Datis iuridicis Italiae consuluit ad id exemplum, quo Hadrianus Consulares viros reddere iura praeceperat.*

91) *L. 3. D. de tutorib. et curator. datis.* Die Municipal-Obriigkeiten, welche Vormünder zu ernennen berechtigt waren, und *magistratus* schlechtweg genannt werden, zum Unterschied der *magistratus populi Romani*, waren die *Duumviri L. 1. §. 9. D. de magistratib. conveniend.* und die *Defensores civitatum. §. 3. J. h. t.* Von denen jene gleichsam die Consuln in den Municipal-Städten, wie *Ev. Orro de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. II. §. 5. pag. 61. sqq.* gezeigt hat; diese aber die Volkstribunen vorstellten. Sie werden daher auch *Defensores plebis* genannt. *L. un. C. de officio iurid. Alexandr. S. Jo Christ. SCHMID Diss. de civitatum Defensoribus. Lipsiae 1759. §. V. sqq.*

magistratibus municipalibus, eoque iure utimur. Sie erhielten dieses Recht durch eine Constitution der Kaiser Marcus und Verus ⁹²⁾. Jedoch durften sie hierin nicht für sich handeln, sondern die Bestellung geschah unter der Auctorität des Präses der Provinz, bey dem sie entweder von der Bestellung Anzeige machen, oder zur Bestellung Veranlassung bekommen mußten ⁹³⁾. Dies ist es, wenn Justinian sagt §. 4. *J. h. t.* die *Magistratus*, nämlich *municipales*, hätten *iussu Praesidum* Tutoren creirt. Das Wort *iussus* aber bedeutet hier soviel, als *auctoritas*, also nicht bloß Befehl, Erinnerung, Aufforderung, sondern auch Genehmigung ⁹⁴⁾. Dieser Einfluß des Präses war um so nöthiger, weil, wie Justinian sagt, die Competenz der *Municipal-Obri-*keiten bloß auf den Fall beschränkt war, wenn das Ver-

und *Frid. Roth* de re municipali Romanor. Lib. II. §. 19. sqq. et §. 24. Die *Daumviri* wurden alle Jahr, die *Defensores* aber alle 5 Jahre creirt. *L. 4. Cod. de defensorib. civitat.* S. *Ev. Otto* c. I. Cap. VIII. §. 4.

92) *L. 24. D. h. t.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ge. Christ. Gebauer* Diss. *actionem tutelae adversus magistratus expendens.* Lipsiae 1726. §. V. et VI. (in *Exercitatt. academm.* Tom. I. pag. 212. sqq.)

93) *L. 46. §. 6. D. de admin. tut. L. 1. §. 6. D. de magistratib. conveniend.* S. *Vinnius* Commentar. ad §. 4. *J. h. t.* nr. 3. ad verba: *Magistratus iussu Praesidum.* und *Ger. Noodt* de iurisdictione et imperio. Lib. II. cap. 8. (*Opp.* Tom. I. pag. 126. sq.)

94) *Paulus Sententiar. Receptar.* Lib. IV. Tit. 4. §. 3. und *Ant. Schulting* ad Eundem. Not. 5. (in *Jurisprud. vet. Antejustin.* pag. 394.) Man s. auch *Cujacius* *Observat.* Lib. XV. cap. 19. in fin. und *Ev. Otto* *Comm.* ad §. 4. *J. de Atil. tut.*

mögen der Pupillen nicht bedeutend war *). Endlich hatte in Rom neben dem Prätor

VIII. auch der Praefectus urbi das Recht Vormünder zu ernennen. Schon Tryphonin *libro XII. Disputationum* 95) gedenkt desselben. Romae datos tutores, sagt er, eos tantum accipere debemus, qui vel a Praefecto urbi, vel a Praetore dati sunt. Durch welche Constitution ihm aber diese Competenz ertheilt worden, ist nicht bekannt 96). Soviel aber ist aus der angeführten Stelle ersichtlich, daß zu der Zeit, als Tryphonin dieses schrieb, der Praefectus urbi allein, ohne Beyrath und Zuziehung des praetor tutelaris, so wie denn auch dieser allein, ohne jenen, Vormünder habe ernennen können 97). Dieß änderten nun aber die Kaiser Valentinian II. Theodos I. und Arcadius in einer Verordnung vom J. 389 98) dahin ab, daß der Praefectus urbis und der Praetor tutelaris zugleich, mit Zuziehung von zehn Senatoren, die Vormünder ernennen

*) Man vergleiche hier noch vorzüglich Em. MERILLIUS Observation. Lib. IV. Cap. 50.

95) L. 45. §. 3. D. de Excusation.

96) S. VINNIUS Comm. ad §. 4. J. de Atil. tut. Jan. a COSTA Comment. ad eund. §. h. t. und Arn. DRACKENBORG Diss. de praefectis urbi. praes. Pet. Burmanno Ultrajecti 1704. def. Cap. X. in fin.

97) S. Jac. GOTHOFREDUS Comment. ad L. 3. Cod. Theod. de tutorib. et curator. creand. (III. 17.) Tom. I. p. 361. edit. Ritter.

98) L. 3. Cod. Th. de tutorib. et curatorib. creandis. bey Gothofred. Tom. I. pag. 360. edit. Ritter; bey Hugo iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 352. und bey WENCK Cod. Theod. libri V. prior. pag. 185.

sollten 99). Ob diese Constitution auf eine bestimmte Art von Unmündigen, etwa bloß auf die Kinder der personae illustres, habe beschränkt seyn sollen, ist aus der Constitution selbst, so wie sie in dem theodosianischen Codex nach Gothofredus und Hugo gelesen wird, nicht zu ersehen¹⁰⁰). Bey beyden lautet sie so.

Illustris Praefectus urbis, adhibitis Decemviris e numero Senatus amplissimi, et Praetore clarissimo viro, qui tutelaribus cognitionibus praesidet, tutores curatoresve ex quolibet ordine idoneos faciat retentari.

Es läßt sich auch aus den Worten *ex quolibet ordine* keinesweges mit Gothofredus folgern, daß diese Constitution sich bloß auf Kinder aus dem Stande der Senatoren beziehe. Denn ohne Zweifel wollen die angeführten Worte weiter nichts sagen, als daß bey Bestellung der Vormünder nicht auf den Stand derselben Rücksicht genommen werden solle, weil es bey Vormündern nur hauptsächlich auf Treue und Redlichkeit ankommt. Dieser Grund allein reicht also nicht hin, die Lesart zu ändern, und Statt *illustris* vielmehr *illustribus* zu

99) Zimmern Gesch. des R. Priv. Rechts 1. B. §. 235. S. 886. glaubt, daß durch diese Constitution der Praefectus urbi zuerst die ihm hier mit dem Prätor eingeräumte Competenz erhalten habe, und daher die L. 45. §. 3. *D. de Excusat.* in Rücksicht des theodosischen Gesetzes interpolirt sey. Ich habe ihm hierin nicht beystimmen können.

100) S. von Lühr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin I. bis auf Theodos II. und Valent. III. (Weglar 1811.) S. 71. Not. 1.

lesen, obwohl Gothofredus und Hugo diese Lesart vorziehen, und Wend sie wirklich in seiner Ausgabe angenommen hat¹⁾. Denn der Titel *illustris* war dem Praefectus urbi eigen, wie aus der gleich nachher folgenden Constitution derselben Kaiser, L. 4. C. Th. de *tutorib. et curatorib. creand.* erhellet. Wer sollte aber glauben, daß die Kaiser dem Praefectus urbi den ihm gebührenden Titel beyzulegen unterlassen haben sollten, da sie dem Prätor das Prädicat eines *clarissimi viri* geben? Dann spricht aber auch dagegen offenbar das Ende der eben angeführten Constitution derselben Kaiser, welche von der Tutel der Mutter über ihre unmündigen Kinder, und deren Qualification handelt. Hier heißt es:

Quod si feminae tutelas refugerint, et praepoptaverint nuptias, neque quisquam legitimus ad pares possit causas vocari, tum demum vir illustris Praefectus urbi, adscito Praetore, qui imperitiendis tutoribus praesidet, sive iudices, qui in provinciis iura restituunt, de alio ordine, per inquisitionem dari minoribus defensores iubeunt.

In dem justinianeischen Codex ist freylich jene Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodos, und Arcadius, allein ohne Zweifel durch Interpolation, bloß auf die Kinder der illustres beschränkt, und daß sie wirklich bloß darauf allein beschränkt seyn solle, ist schon in der Ueberschrift des Titels angedeutet worden, in welchem sie ihren Platz erhalten hat. Es ist nämlich jetzt die L. 1. Cod. de *tutoribus vel curatoribus illustrium, vel clarissimarum personarum.* (V. 30.) Die Worte lauten

1) Man sehe hier Jac. Cujacii Recitatt. solemn. in Cod. ad Tit. 35. Lib. V.

eben so, wie sie oben aus dem theodosianischen Codex sind angeführt worden, nur daß, statt *illustris*, *illustribus*, nämlich in Beziehung auf die Kinder, geändert worden ist ²⁾. Hieraus erklärt sich nun auch der von vielen mißverständene Text der Institutionen ³⁾, wenn es nämlich §. 4. *h. t.* heißt:

Sed hoc iure utimur, ut Romae quidem Praefectus urbi, vel Praetor, *secundum suam iurisdictionem*: in provinciis autem Praesides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus iussu Praesidum, si non sint magnae pupilli facultates.

Denn offenbar beziehen sich die Worte *secundum suam iurisdictionem* auf die Competenz in Rücksicht der Personen, denen der Praefectus urbi, und denen der Praetor Tutoren geben konnte, so wie sie auch Theophilus erklärt hat ⁴⁾. In der griechischen Paraphrase heißt es nämlich:

2) So sind auch die Worte: *super cuius nomine, solemnitate servata, postea per Praetorem interponatur decretum*, und die ganze Schlussperiode: *In provinciis autem curiales — indemnitati minorum obnoxias etiam suas deinceps esse facultates*, offenbar aus andern verloren gegangenen Gesetzen interpolirt, wie BECK cit. loc. pag. 184. Nott. f. et l. richtig bemerkt hat.

3) Man vergl. hier vorzüglich *Ge. D. ARNAUD Variar. Coniecturar. iuris civ. (Leovard. 1744. 4.) Lib. I. Cap. 13. pag. 86. sq. und Jo. Bern. KOEHLER Animadversion. ad quaedam Institution. loca. adj. JUSTINIANI Instit. ex rec. Cajacii ab eo edit. pag. 224. ad h. §. 4. de Atil. tut.*

4) *Em. MERILLIUS Comment. ad §. 4. J. de Atil. tut.* nimmt das Wort *iurisdictione* hier für *officium ius dicen-*

Διὰ τοῦτο δὲ εὖπον κατὰ τὴν οἰκείαν ἰου-
ρισδικτιόνα, ἐπειδὴ εἰσὶ τινες, οἷς ὁ ἑπαρχος, οὐ
μὴν ὁ πραιτωρ, δύναται χειροτονεῖν ἐπίτροπον.
i. e. Ideo autem dixi, SECUNDUM SUAM JURISDI-
CTIONEM, quoniam sunt quidam, quibus PRAEFECTUS,
non PRAETOR, tutorem constituere potest.

§. 1317. a.

Justinianisches Recht. §. 5. J. de Atiliano tutore.

Bei dieser Verfassung, daß in Rom der praefectus urbi nebst dem Prätor den Kindern der personae illustis, zu welchem Ulpian L. 1. D. de iurisd. (ll. 1.) auch pupillis non habentibus tutores constituere, rechnet. Nach dieser Erklärung hieße also secundum suam iurisdictionem so viel, als nach den Gränzen seiner Amtsgewalt, vermöge welcher der Prätor nur solchen Pupillen, die seiner Jurisdiction unterworfen waren, die also nicht zu den personae illustres gehörten, Vormünder geben konnte, da für die Bevormundung der illustres der Praefectus urbi zu sorgen hatte. So haben auch diese Worte richtig erklärt, jedoch ohne an den Theophilus zu denken, Jul. PACIUS Analys. Institut. h. t. §. 4. Ant. MATTHARI Comm. ad §. 4. J. h. t. WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XI. §. 9. und Car. Frid. WALCH ad Hoppii Comment. ad Inst. h. t. §. 4. Not. a. pag. 173. Erst Ant. QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio Lib. I. Tit. IX. nr. 3. (in Thes. Meerman Tom. II. pag. 250.) nahm den Theophilus zu Hülfe. Er sagt: Quod JUSTINIANUS ait, Praefectum urbi et Praetorem tutores dare SECUNDUM JURISDICTIONEM SUAM, idem est, ac secundum id, quod eis lege iniunctum est. Ille ut illastrum, hic ut ceterorum filius tutores det, secundam finem et modum officii sui §. Hoc iure J. de Atiliano tutore. Ita fere THEOPHILUS, cuius sententia sic explicanda est.

stres und clarissimae, anderen Pupillen aber der Prätor allein, in den Provinzen hingegen die Praesides ex inquisitione, überdem, jedoch nur auf deren iussus, d. h. unter ihrer Auctorität, die Municipal-Obriheiten, nämlich die Duumviren, und Defensores des Volks, Vormünder bestellten, blieb es im Ganzen auch unter Justinian, wie die Worte des §. 4. *J. h. t. Sed hoc iure utimur*, beweisen. Merkwürdig ist sowohl das Verfahren, welches bey der Bestellung der Vormünder in dem theodosischen Gesetz, so wie es in dem Just. Codex interpolirt worden, dem Praefectus in Rom vorgeschrieben ist, nämlich daß unter mehreren, welche zu Vormündern ernannt werden sollen, einem, den das Consilium für den würdigsten hält, die Verwaltung übertragen, und dieser vom Prätor durch ein Decret bestätigt werden soll; als auch der Unterschied, der in dieser Constitution zwischen den Obriheiten in Rom und den Decurionen in den Provinzen bey der Bestellung der Vormünder für die Kinder der clarissimarum personarum gemacht wird, nämlich daß jene wegen der Ernennung nicht verantwortlich seyn, während diese mit ihrem eigenen Vermögen für den Vormund haften sollten⁵⁾.

Allein Justinian verordnete, daß in dem Falle, da das Vermögen der Pupillen oder Minderjährigen nicht über 500 solidi beträgt, bey Ernennung der Vormünder in den Municipal-Städten nicht mehr, wie vorher, die iussio oder Anweisung des Präses der Provinz einzuholen und zu erwarten nöthig seyn solle; sondern es sollten auch ohne dieselbe, die Defensores civitatum, so wie

5) S. Cujacius Recitation. solenn. in Cod. Lib. V. T. 53. in fin.

auch andere Municipal-Obriheiten, (Duumviri) und der Juridicus in der Stadt Alexandrien, jedoch mit Zuziehung des Bischofs, oder anderer öffentlicher Personen, welche an dem Orte vorhanden sind, Vormünder bestellen können ⁶⁾.

Die Constitution selbst ist die *L. 30. Cod. de episcopali audientia*, welche in der Spangenbergischen Ausgabe ⁷⁾ folgendermassen lautet.

<p>Θεσπίζομεν, ταῖς κηδεμονίαις τῶν νεῶν, εἴτε τῆς πρώτης εἴτε τῆς δευτέρας εἰεν ἡλικίας, ἢ καὶ ἕτεροί τινες, οἷς ὁ νόμος δίδωσι κηδεμόνας, εἴπερ ἄχρι πεντακοσίων χρυσῶν καὶ μόνον τὰ τῆς περιουσίας εἴη τῶν νέων, μὴ τὴν τῶν ἀρχόντων τῶν ἐραρχιῶν παραμένειν χειροτονίαν, μηδὲ δαπάναις μεγάλαις περιβάλλεσθαι, τῶν ἀρχόντων ἰσως, οὐδὲ ἐνδημόντων ταῖς πόλεσι ἐκείναις ἐν αἷς προῖέναι τὴν κηδε-</p>	<p>Sancimus, in curationibus iuniorum, sive primae, sive secundae sint aetatis, aut alii quidam, quibus lex dat curatores, si quidem usque ad quingentos aureos et solummodo facultates sint iuniorum, non Praesidum provinciarum expectare creationem, neque impensis maximis subiici, Praesidibus forte neque morantibus in urbibus illis, in quibus prospici curationi contingit, sed</p>
--	--

6) G. WESTENBERG Divus Marcus. Diss. XI. §. 8. (Opp. Tom. III. pag. 126.)

7) CONTIUS hat sie restituirt, und ins Lateinische übersetzt. Die griechische Constitution befindet sich in *Theod. BALSAMONIS Collect. ecclesiasticar. Constitution. Lib. I. Tit. 4. Const. 30.* (in *Biblioth. iuris canon. vet. studio Guil. VOELLI et Henr. JUSTELLI Tom. II. pag. 1279.*)

<p>μονίαν συμβαίνει ἀλλὰ παρὰ τῷ τῆς πόλεως ἐκεί- νης ἐκδίκῳ, ἢ στρατηγῷ, κατὰ τὴν τῶν Ἀλεξαν- δρέων παρὰ τῷ ταύτης Ιουριδικῷ, ἅμα τῷ Θεοφι- λεστάτῳ ταύτης ἐπισκό- πῳ, ἢ καὶ δημοσίοις προ- σώποις, εἴγε εὐποροῖη τοῦ- των ἢ πόλις, γίνεσθαι τὰς χειροτονίας τῶν κηδεμόνων.</p>	<p>apud civitatis illius De- fensorem, aut magistra- tum municipalem, vel in Alexandrina civitate apud eius Juridicum, una cum religiosissimo eius Epi- scopo, aut aliis etiam publicis personis, si ha- rum copiam habeat civi- tas, fieri creationes cura- torum, seu tutorum.</p>
--	--

Diesß ist diejenige Constitution, worauf Justinian in seinen Institutionen §. 5. *de Atiliano tutore* verweist. So wie jedoch der Text nach der gewöhnlichen Lesart lautet, stimmt die hier vorkommende Relation mit dem Inhalt der angeführten Constitution nicht überein. Es heißt nämlich daselbst.

Nos autem per Constitutionem nostram et huiusmodi difficultates hominum resecantes, nec exspectata iussione Praesidum disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, Defensores civitatum, una cum eiusdem civitatis religiosissimo Antistite, *vel alias publicas personas*, id est, Magistratus, vel Iuridicum Alexandrinae civitatis, tutores vel curatores creare, legitima cautela secundum eiusdem Constitutionis normam praestanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

So lesen nicht nur alle Ausgaben, sowohl glossirte, z. B. von Koberger, Baptista de Tortis, Hugo a Porta, Petit, Baudoza u. a., als nichtglossirte

von Cujaz, Haloander, Ruffard, Charondas, Contius, Gebauer, Bucher u. a., sondern auch die Commentatoren, Bröus, a Costa, Bultejus, Vinnius, Ev. Otto, Em. Merillius, und Pacius. Allein schon Cujaz⁸⁾ und Fabrot⁹⁾ haben bemerkt, daß die Lesart: *vel alias publicas personas, id est, magistratus*, offenbar unrichtig sey. Denn nach dieser Lesart wären ja die *personae publicae* die Municipal-Obriegkeiten selbst, da sie doch nur von den Defensores, Duumviri, und dem Iuridicus Alexandriae bey Ernennung der Vormünder zu Hülfe genommen werden sollen, wie Justinian in der L. 30. C. de episcop. audient. vorgeschrieben hat. Derselben gemäß müsse also vielmehr: *vel aliis publicis personis, vel magistratum, vel Iuridicum* gelesen werden. Diese Lesart haben auch Biener und Bed in ihren Ausgaben angenommen. Diese verbesserte Lesart befreundet sich zwar auch insoweit mit der Paraphrase des Theophilus, als daselbst die *personae publicae* nur als bezuziehende Gehälfen der Defensores bey Bestellung der Vormünder angesehen werden. Allein wenn daselbst diese *personae publicae* von magistratus (i. e. municipales) oder auch von dem Iuridicus der Stadt Alexandrien verstanden werden wo^{ten}, so ist dieses der Verordnung des Kaisers Justinian ganz zuwider. Theophilus spricht sich folgendermassen aus.

Ο δὲ ἡμέτερος βασιλεὺς οἰκεία διατάξει τὰς

8) Notae priores ad Institut. ad h. §.

9) Notae ad Theodori BALSAMONIS Constitution. ecclesiasticar. Collection. ad Tit. 4. Lib. I. L. 30. (in VOELLI et JUSTELLI Bibliotheca iuris canon. vet. Tom. II. pag. 1597.) und ad THEOPHILI paraphr. graec. h. t. nach der Ausgabe von Ketz Tom. I. pag. 168. Not. y.

τοιουτοτρόπους τῶν ἀνθρώπων δυσκολίας ἐκτέμνων, προσέταξε τοὺς ἐκδικοὺς τῶν πόλεων, τὴν τῶν ἀρχόντων οὐκ ἀναμένοντας κέλευσιν, ἐν ᾧ ἡ τοῦ ἀνήβου, ἤγουν τοῦ ἀφήλικος ὑπόστασις ἕως φ' νομισμάτων ἐστίν, ἅμα τῷ τῆς πόλεως εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ, συνόντων καὶ ἐτέρων δημοσιευόντων προσώπων, τουτέστι στρατηγῶν, ἢ ἐν Ἀλεξανδρείᾳ τοῦ Ἰουριδικοῦ, ἐπιτρόπους ἢ κουράτωρας χειροτονεῖν.

i. e. *Verum noster Imperator sua constitutione huiuscemodi hominum difficultates resecans, iussit Defensores civitatum, haud exspectantes Praesidium iussum, quando pupilli vel minoris patrimonium usque ad quingentos solidos valeat, una cum religiosissimo civitatis Episcopo, praesentibus etiam aliis personis publicis, id est, magistratibus, aut in Alexandriae urbe Iuridico, tutores vel curatores constituere.*

Theophilus macht also hier die Duumviri und den Iuridicus Alexandriae zu Gehülften der Defensores, welche doch vermöge der Constitution selbst Vormünder zu ernennen berechtigt sind, obwohl mit Zuziehung des Bischofs der Stadt oder anderer öffentlicher Personen. Daß Justinian die Constitution in den Institutionen abgeändert haben sollte, ist nicht zu glauben, und da man den Theophilus wohl zutrauen kann, daß ihm die Constitution des Justinian bekannt gewesen seyn müsse, so ist der sich hier findende Widerspruch unerklärbar¹⁰⁾.

10) S. GEBAUER Diss. cit. de actione tutelae adv. Magistratus. §. VI. Not. b. und Jo. Bern. KOEHLER Animadversiones ad quaedam Institution. loca. ad §. 5. J. de Atil. tut. adj. Instit. ex rec. Cujacii ab Eo edit. pag. 224.

Ich bemerke hier nur noch Folgendes zur Erläuterung der angeführten Constitution.

1) Die Defensores civitatum¹¹⁾, welche in unserer Constitution, und vom Theophilus ἐκδικοὶ τῶν πόλεων genannt werden, auch Defensores locorum¹²⁾ heißen, erschienen, als ein neuer Magistrat in den Municipalstädten, zuerst im vierten Jahrhundert, zur Zeit der Kaiser Valentinian und Valens¹³⁾. Ihr Hauptgeschäft war Schutz der Einzelnen, besonders der ärmern Volksklasse, gegen die Bedrückungen der Statthalter, und die Erpressungen der Susceptorum bey Eintreibung der öffentlichen Abgaben, und besonders des Getraides¹⁴⁾.

11) Man vergleiche hier vorzüglich Frid. Carl von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter 1. B. (Heidelberg 1815.) Kap. 2. S. 63. ff. und Frid. Roth de re municipali Romanorum. Lib. II. Cap. 3. §. 24. et 25.

12) L. 3. Cod. de defensor. civit. (I. 55.) und L. ult. Cod. de iudiciis. (III. 1.)

13) L. 1. C. de Defensorib. civitat. (I. 55) S. Jac. Gothofredus Comm. ad L. 1. Cod. Theod. eodem. (Tom. I. Cod. Theod. pag. 69.) und Ev. Otto de Aedilib. coloniar. et municipiorum. Cap. VIII. §. 4. pag. 283. Defensores kommen zwar schon vor Valentinian in den Pandecten vor, aber nur als solche Personen, welche einzelne vorübergehende städtische Geschäfte, als Syndici, als Curatores, besorgten. L. 1. §. 13. D. Quando appelland. L. 1. §. 2. L. 18. §. 15. D. de munerib. S. Roth lib. cit. §. XXIV. Not. 180. pag. 101.

14) L. 3. L. 4. L. 5. L. 6. Cod. de Defensorib. civit. L. 10. C. de Susceptorib. Jac. Gothofredus ad L. 23. C. Theod. de Susceptor. (Tom. IV. pag. 587. edit. Ritter.)

Daher werden sie auch Defensores plebis genannt¹⁵⁾, und konnten wegen solcher Ungerechtigkeiten, an die Oberbehörden, die Praefecti praetorio, magistri equitum et peditum, auch die magistri officiorum Bericht erstatten¹⁶⁾. Zugleich hatten sie aber auch eine untergeordnete Civiljurisdiction erhalten, welche Anfangs nur in geringeren Sachen bis zu 50 Solidi¹⁷⁾, seit Justinian aber bis zu 300 Solidi competent war¹⁸⁾. Justinian erhob die Defensores zu wahren Magisträten, (ἀρχονταί)¹⁹⁾. Er gab ihnen auch einen Exceptor und zwei Officialen²⁰⁾. Die Appellation gieng von ihnen an den Statthalter²¹⁾, dessen Stelle sie auch in Abwesenheit des

15) *L. un. C. de officio Juridici.*

16) *L. 8. C. de Defens. civ.*

17) *L. 1. C. eod.*

18) *Nov. Justinian. XV. Cap. 3. §. 2.* Diese 300. Solidi, den Solidus seit Constantin zu 1½ Ducaten gerechnet, betragen die Summe von 400. Ducaten, Römisch 30000. Sesterzien. S. von Sabinus a. a. D. Not. 141. S. 65.

19) *Nov. XV. Cap. 1. pr. — adeo ut cuiusque civitatis Defensor, magistratus magis, quam defensor videatur.*

20) *Nov. XV. Cap. 3. §. 1. JULIANUS Epit. Novellar. Const. XXX. Cap. 105.* hat es so übersetzt: *Habeat ex praesidali apparitione unum EXCEPTOREM et duo APPARITORES.* EXCEPTOR war die allgemeine Benennung für die Secretäre aller öffentlichen Behörden. S. PANCIROLI *Notitia Dignitatum Orient. Cap. XIX.* pag. 36. sq. CRAMER *Supplem. ad Brisson. de Verbor Signif. (Hil. 1813. 4.)* pag. 22. Not. 8. und von Sabinus *Gesch. 1. B. Kap. 2. S. 48.*

21) *Nov. XV. Cap. 5. pr.*

selben vertraten ²²⁾. Das Amt der Defensores dauerte jedoch unter Justinian nicht mehr fünf Jahre, sondern nur zwey ²³⁾. Diese Defensores waren es nun auch, welchen das Recht zustand, den Unmündigen oder Minderjährigen in ihrer Stadt Vormünder zu geben, jedoch nur dann, wenn das Vermögen derselben sich bis auf 500 solidi belief ²⁴⁾. Ein gleiches Recht hatten

2) auch die *στρατηγοί*. Darunter werden überhaupt magistratus municipales, hier aber insonderheit die Duumviri ²⁵⁾ verstanden, welche daher schlechthin

22) *Nov. XV. Cap. 3. §. 1.* Magistratum locum impleant, et maxime quando absunt, ut, cum Praesides provinciarum absunt, nihil civitatibus, ipsis praesentibus, deesse videatur.

23) *Nov. XV. Cap. 1. §. 1.* Imperet vero solum per biennium, et tum a munere removeatur.

24) Dieses beträgt, den Solidus zu $1\frac{1}{2}$ Ducaten gerechnet, 600. Ducaten. Römisch 50000. Sesterzien. *S. Arn. VINNIUS Commentar. ad. §. 5. J. de Atil. tut.* Unrichtig haben wohl unstreitig *Jan. a Costa Com. ad §. 5. J. de Atil. tut.* und *Ant. CONTIUS* in Notis in Tit. 20. Libri I. Instit. (*Opp. ab Em. MERILLIO editor. pag. 641. 4.*) die Worte: *usque ad quingentos solidos* verstanden, wenn sie solche durch *citra quingentos aureos* erklären, und das *usque* hier exclusive nehmen wollen.

25) *S. Ant. AUGUSTINUS ad Modestinum de Excusationibus ad L. 6. §. 16. D. eod.* (in *Thes. J. R. Otton. T. IV. pag. 1580. sq.*) Insonderheit von Duumviris, *Guid. PANCIOLOUS de magistratibus municipalibus. (Genevae 1623. f.) Cap. VIII. pag. 7. sq.* *ROTH de re municipali Rom. Lib. II. Cap. 3. §. 19 — 21.* und von *Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. §. 27 — 29. und §. 51 — 65.*

magistratus genennt werden²⁶⁾. Diese Duumvirn hatten in den Municipalsstädten die Direction des Senats²⁷⁾, und waren mit der Rechtspflege beschäftigt²⁸⁾. Von der letztern, als Hauptgeschäft dieser Magistratur, erhielten sie den Namen Duumviri iuri dicundo, der besonders in den Inschriften häufig vorkommt²⁹⁾. Außer Italien hatten sie aber die Gerichtsbarkeit nur in den privilegierten Städten mit ius Italicum³⁰⁾. Da nun dem magistratus die Jurisdiction zugeschrieben wird; so steht der Name *Duumvir* und *Magistratus* abwechselnd neben einander³¹⁾.

26) *L. 1. et 2. C. de magistr. municip.* und THEOPHILUS *Paraphr. gr.*

27) S. von Savigny S. 56. Die Duumvirn hatten daher unter den Decurionen den ersten Rang. *L. 1. D. de albo scrib.* (L. 3.) In ihre Hände war *summa reipublicae* gelegt. *L. 14. D. ad Municipal.* S. *Ev. Otto de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. XII. §. 6. pag. 426. sq.*

28) S. von Savigny S. 30. ff.

29) Z. B. bey DONI Class. V. Nr. 42. 83. 84. In den Inschriften werden die Duumvirn auch *Praefecti iuri dicundo* genennt. S. *Jac. GUTHRIUS de Officiis domus Augustae. Lib. I. Cap. 8. pag. 29.* Allein eigentlich waren die *Praefecti iuri dicundo* eine Ausnahme von der Regel. Sie kamen bloß in einzelnen Städten als Surrogat der Duumvirn vor, wurden jedes Jahr neu in Rom ernannt, und der Stadt zugesandt. *Festus voc. Praefecturae. LIVIUS. XXVI. 16. CICERO ad Famil. Lib. XIII. Epist. 11.* S. von Savigny S. 39. f.

30) S. von Savigny S. 51. f. besonders S. 62. ff.

31) *L. 4. §. 3. et 4. D. de damno infecto. (XXXIX. 2.) L. 18. Cod. de Decurionib. (X. 31.)* Daher werden auch in der *L. 30. C. de episc. aud.* unter *στρατη-*

Sie werden sogar Consuln genannt ³²⁾, und in der That konnte auch diese höchste Magistratur der italischen Städte mit dem Röm. Consulate vor Absonderung der Prätur verglichen werden ³³⁾, da die Duumviren sowohl den Vorsitz im Senat, mit den übrigen Amtsgeschäften der Consuln ³⁴⁾, als auch die fasces mit denselben gemein hatten ³⁵⁾, so wie auch die Dauer ihres Amtes, welche sich hier ebenfalls nur auf ein Jahr beschränkte, und die Zahl derselben der der Röm. Consuln gleich war ³⁶⁾. Ihre Jurisdiction, welche ursprünglich unbeschränkt war, ward in der Folge auf eine bestimmte Summe festgesetzt ³⁷⁾. Besondere Vorschriften über die Grenzen derselben kommen jedoch in den Fragmenten des Röm. Rechts, so wie in den Röm. Classikern, nicht vor ³⁸⁾. In Sachen, die zur

701, magistratus, gewiß keine andern Municipalmagistrate verstanden, als die *Duumviri*.

32) S. von Savigny. S. 29.

33) von Savigny. S. 27. a. E.

34) S. Ev. Otto de Aedilib. colon. et municipior. Cap. II. §. 5. pag. 63. sqq.

35) Cicero Orat. II. de lege agrar. contra Rullam ad Populum. cap. 34. S. PANCIROIUS cit. libr. Cap. VIII. pag. 8. und Otto Cap. XIII. §. 9. pag. 485. sqq.

36) L. 13. D. ad municipal. L. 13. C. de Decurion. L. 1. C. Th. Quemadmod. munera civil. indicant. (XII. 5.)

37) PAULUS Sentent. Recept. Lib. V. Tit. 5. §. 1. Nach der *Lex Galliae cisalpinæ* war in einigen Sachen die Jurisdiction der Duumviren unbeschränkt, in andern beschränkt. S. von Savigny S. 35. f.

38) Vielleicht bis zu 500. Solidi. Denn bis soweit hatte Justinian die Grenzen der Jurisdiction der Defensores bezeichnet Nov. XV. Cap. 3. §. 2. Wegen der

Competenz ihrer Gerichtsbarkeit gehörten, machten nun die Duumviri das Gericht erster Instanz aus; von ihnen gieng die Appellation an den Beamten des Kaisers, welcher dagegen in Sachen, welche mehr als die vorgeschriebene Summe betrug, die erste Instanz hatte³⁹⁾. Jedoch konnten auch die Duumviri in Sachen grösserer Summen sprechen, wenn es mit Uebereinkunft der Parthenen geschah⁴⁰⁾. In der Lex Galliae cisalpinae⁴¹⁾ wird ihnen sogar ein imperium et potestas zugeschrie-

Gleichstellung derselben mit den Magistraten ist es nicht unwahrscheinlich, daß dieses eben die Summe war, worauf die Municipalmagistrate in irgend einer frühern Zeit sprechen durften. S. von Savigny angef. Geschichte des R. R. 1. B. 2. Kap. Not. 141. S. 55. Man könnte vielleicht, weil sie den Pupillen, deren Vermögen sich bis auf 500. solidi belief, Vormünder geben konnten, schließen, sie hätten auch bis auf so hoch Recht sprechen können. Allein darauf hat schon Cujacius in Exposit. Nov. XV. geantwortet: longe aliam esse rationem eorum, quae legis, et eorum, quae iurisdictionis sunt: tutoris dationem legis esse, causarum cognitionem iurisdictionis.

- 39) L. 1. et 3. Cod. Theod. de reparationib. appellation. (XI. 51.) Unter dem Namen Magistratus werden auch hier die Duumviri verstanden, wie Jac. Godofredus in Comment. ad L. 1. cit. Tom. IV. pag. 293. edit. Ritter. bemerkt hat.
- 40) L. 28. D. ad Municipal: Paulus libro I. ad Edictum. Inter convenientes et de re maiori apud magistratus maiores agetur.
- 41) Column. I. Cap. XX. in fin. (in Hugo civilist. Magazin. 2. B. Nr. XX. S. 446.) Neve quis magistratus, pro quo imperio potestateque erit, intercedito.

ben, sie hatten in früheren Zeiten auch ein Tribunal, als Zeichen höherer Würde ⁴²). Allein alles dieß hat sich in der Folge geändert ⁴³). Ihre Jurisdiction blieb ihnen zwar, jedoch auf eine nicht genannte Summe beschränkt, die nur durch Uebereinkunft der Partheyen überschritten werden durfte ⁴⁴), auch ohne imperium und potestas, welches nur den magistratus maiores zugeschrieben wird ⁴⁵). Daher sagt Paulus *libro I. ad Edictum* ⁴⁶): *Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest.* Eben deswegen konnten sie nicht in integrum restituiren, keine *missio in bona* verfügen ⁴⁷), noch sonst etwas vornehmen, was zum imperium gehörte ⁴⁸), ausser im Falle dringender Eile aus besonderm Auftrage der höhern Magistrature, unter welchen sie standen, z. B. des Prätors, oder Präses ⁴⁹). Ein Tribunal wird ihnen auch nicht mehr zugeschrieben ⁵⁰); und wenn die Kaiser Arcadius und

42) SUBTONIUS *de claris Rhetor.* Cap. 6. S. auch die *Inscriptio Veronensis* bey REINESIUS Clas. VI. Nr. 44. und OTTO cit. lib. Cap. XIII. §. 2. pag. 417. besonders von Savigny Gesch. 1. B. S. 36.

43) S. von Savigny a. a. D. S. 37. f.

44) L. 11. D. de iurisdic. L. 28. D. ad Municip.

45) L. 32. D. de Injur. L. 26. §. 2. D. Ex quib. caus. maiores. Ev. OTTO cit. libr. Cap. XIII. §. 2.

46) L. 26. D. ad Manicipal.

47) L. 4. D. de Jurisdic. L. 26. §. 1. D. ad Municipal.

48) L. 4. §. 4. D. de damno infecto.

49) L. 1. L. 4. §. 3. D. eodem.

50) Ev. OTTO de Aedilib. colon. et municip. Cap. XIII. §. 2. pag. 445. und Ger. NOODT de Jurisdic. et Imper. Lib. I. cap. 3.

Honorius⁵¹⁾ dem Duumvir verbieten, extollere potestatem fascium extra metas territorii propriae civitatis, so wird damit nur noch bildlich ihre Amtsgewalt bezeichnet⁵²⁾. Es fand auch die zur Aufrechterhaltung der Gerichtsbarkeit nur von den höhern Magistraten gegen die Verächter derselben zu gestattende Pönalklage bey diesen nicht Statt⁵³⁾. Nur das Recht Geldstrafen zu erkennen (ius mulctae dicendae)⁵⁴⁾, so wie die pignorum capio⁵⁵⁾ blieb ihnen, und eben so behielten sie das Recht, unter der oben angegebenen Einschränkung Vormünder zu ernennen.

Waren die genannten Municipal-Magistrate, welche zur Ernennung der Vormünder autorisirt waren, abwesend, so mußte die Curie selbst, d. h. der ordo Decurionum die Vormünder bestellen⁵⁶⁾. Hier entschied dann die Majorität. Unsere Constitution gedenkt endlich

3) auch noch des Juridicus Alexandriae. Die Stadt Alexandrien in Aegypten zeichnete sich vor andern

51) L. 53. Cod. de Decurion. (X. 51.)

52) G. Roth de re municip. Romanor. Lib. II. Cap. 3. §. 21. Not. 150.

53) L. 1. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemperav. G. den 3. Th. dieses Commentars §. 270.

54) L. 131. §. 1. D. de Verbor. Signific. L. un. §. 1. et 2. D. de via publica, et si quid in ea. (XLIII. 10.) G. Jos. AVERANIUS Interpretation. iuris. Lib. I. Cap. 4. nr. 52. und Roth cit. libr. §. 20. pag. 92. sq.

55) L. 29. §. 7. D. ad Leg. Aquil.

56) L. 19. D. h. t. PAULUS libr. XVI. ad Plautium. Ubi absunt hi, qui tutores dare possunt, Decuriones iuventur dare tutores: dummodo maior pars conveniat.

Municipalstädten dadurch aus, daß sie keine Duumviren hatte. Statt ihrer hatte sie ihren eigenen Richter, welcher *Juridicus*, *δικαιοδοτης*, genannt wird. Jedoch hatte dieser eine weit größere Gewalt, als die Duumviren. Denn er hatte nicht nur die volle *legis actio*⁵⁷⁾, sondern er konnte auch in allen und jeden Civilsachen, auch den wichtigsten, Recht sprechen, während die Jurisdiction der Duumviren bis zu einer gewissen Summe beschränkt war⁵⁸⁾. Strabo⁵⁹⁾ schreibt ihm daher *maxima in iudiciis potestas* zu. Er wurde auch nicht, wie die Duumviri, vom *ordo Decurionum* gewählt, sondern vom Kaiser selbst gesetzt. Denn Alexandrien hatte Anfangs gar nicht die städtische Verfassung anderer Municipien, sondern stand unter Königen, als K. August den Antonius besiegte, und ganz Aegypten in die Gewalt der Römer kam. August, dem die Alexandriner, als ein neuerungsfüchtiges, und zu Unruhen geneigtes Volk, verhaßt waren, erlaubte ihnen daher nicht, sich einen Senat zu ordnen, sondern gab ihnen, weil sie gewohnt waren, unter Königen zu leben, einen sogenannten *Juridicus*, welcher unter dem *Praefectus Augustalis* stand⁶⁰⁾. Erst K. Sever

57) L. 1. D. de officio Juridici Alexandr.

58) S. Guid. PANCIOLOUS de magistratib. municipalib. Cap. VIII. pag. 7. sq. und Jos. AVERANIVS Interpretation. iuris Lib. I. Cap. 4. nr. 40.

59) *Rerum Geograph. Lib. XVII.*

60) DIO CASSIVS Lib. LI. ad ann. 724. pag. 455. (edit. Wechel. 1606.) Jac. GOTHOFREDUS Commentar. ad L. 192. Cod. Th. de Decurionib. Tom. IV. pag. 553. edit. Ritter. CAMPIANI de officio et potestate magistratum Romanorum. ad Tit. Pand. de officio iuridici Alexandriae. pag. 449. und Ant. MATTHAEI Commentar. ad §. 5. Inst. de Atil. tut. pag. 451.

gab ihnen das Recht, einen Senat zu wählen, nach der Verfassung der übrigen Städte⁶¹). Die Decurionen wurden nun selbst von den Kaisern Senatoren genannt⁶²), und unter diesen waren besonders fünf von den zehn Prinzipalen, woraus der Senat bestand, unter dem Namen der Summaten oder Primaten vor den übrigen auf mancherley Art privilegiert⁶³). Kaiser Marcus Aurelius hatte zwar an die Stelle der vier Consularen, denen Hadrian die Regierung Italiens anvertraut hatte⁶⁴), auch Juridici gesetzt⁶⁵); sie hießen Juridici Italiae. Allein diese dauerten nur bis auf die Zeiten des Kr. Maximinus, unter welchem sie aufhörten⁶⁶). Alexandrien hingegen behielt seinen Juridicus, welcher auch seit Marc

61) AELIUS SPARTIANUS in Severo. Cap. XVII. Deinde Alexandrinis ius bulentiarum dedit, qui sine publico consilio, ita ut sub Regibus ante vivebant, uno iudice contenti, quem Caesar dedisset. *Ius bulentiarum* ist hier nichts anders, als ius Senatum habendi. S. PÜTTMANNI Index Latinitatis. Voc. *Bulentes*. adj. *Scriptorib. Hist. Aug.* a se concinn. Lipsiae 1774. 8.

62) L. 19. Cod. Theod. de petition.

63) L. 90. Cod. Theod. de Decurion. L. 57. Cod. Iust. eodem. (X. 31.) L. un. C. de Alexandriae primatib. (XI. 28.) L. 2. C. Th. de Quaestion. L. 39. C. Th. de Episcop. S. GOTHOFREDUS cit. loc.

64) AELIUS SPARTIANUS in Hadriano. Cap. 21. und JUL. CAPITOLINUS in Antonino Pio. Cap. 2. in fin. S. JAC. GUTHERIUS de officiis Domus Augustae. Lib. I. Cap. 6. pag. 24.

65) JULIUS CAPITOLINUS in M. Antonino Philos. Cap. XI.

66) S. Nic. Hier. GUNDLING Digesta. P. I. Lib. I. Tit. 20. §. 3 — 5.

Aurel die Bestellung der Vormünder hatte, jedoch nach unser Constitution nur auf dieselbe eingeschränkte Art, wie die Defensores und Duumviren. Aus unserer Constitution ergibt sich ferner,

4) daß nicht bloß die Defensores der Städte, wie es in den Institutionen nach der gemeinen Lesart zu heißen scheint, sondern auch andere Municipal-Obrigkeiten, wie die Duumviren, und selbst der Juridicus in Alexandrien an den Rath des Stadtbischofs gebunden seyn sollten⁶⁷⁾, dessen Mangel nur die Zuziehung anderer öffentlicher Personen⁶⁸⁾, wenn deren in der Stadt vorhanden sind, ersetzen soll. Diese magistratus sollen sich denn aber auch

67) Man sehe WALCH ad *Hoppii* Commentar. ad §. 5. Inst. de Atil. tut. Not. a. pag. 176. Der Bischof und die Geistlichkeit der Stadt mußte auch bey der Wahl der Defensores hinzugezogen werden. *L. 8. C. de Defensorib. Nov. XV. Epilog.* S. ROTH de re municipali Romanor. Lib. II. §. 25. pag. 105. Konnte aber nicht der Bischof auch für sich selbst Vormünder ernennen? LUDWIG in Diss. differentias iuris Rom. et Germ. in Atiliana tutela exhib. Different. VII. und Not. ee. will es behaupten, und meint, unsere *L. 30. C. de episc. and.* gebe ihm dieses Recht. Allein in der bloßen Zuziehung desselben bey der obrigkeitlichen Bestellung der Vormünder liegt das Recht der Selbsternennung noch nicht. Auch berechtigte ihn dazu die bischöfliche Audienz nicht.

68) Wer diese *personae publicae* seyn sollen, ist nicht weiter bestimmt. WESTENBERG Div. Marcus Diss. XI. §. 8. pag. 126. versteht darunter tabularii, wegen *L. 32. Cod. de Episc. et Cleric.* Eben so PAUL. MONTANUS de iure tutelar. et curation. Cap. XIX. nr. 32. sqq. mit Beziehung auf *Nov. XCIV.* in Epilog. wo des clarissimi scribae Erwähnung geschieht. Allein der scriba soll

5) die gehörige Caution von den bestellten Vormündern leisten lassen, wobey sie sowohl auf das Vermögen des Mündels als der Bürgen genaue Rücksicht nehmen

nicht bey der Bestellung des Vormundes, sondern nur bey der Errichtung des Inventars zugezogen werden. Richtiger versteht *Arn. VINNIUS* *Comm. ad §. 5. J. de Atil. tut.* unter den *personae publicae* obrigkeitliche Personen, dergleichen es ja, auffer den Defensoren, und Duumbirn, in den Städten mehrere gab. Z. B. die Aedilen, Curatoren, Susceptoren, Syndiken, Treuarthen u. s. m. *S. PANCIROLUS* *de Magistratibus municipalib.* und *ROTH* *cit. libr. II. Cap. 3. pag. 86—106.* Ich bemerke nur noch bey dieser Gelegenheit, daß man die *Quinquennales* gewöhnlich mit den Duumbirn für identisch hält. So sollen die Duumviri heißen haben in den Städten, in welchen das Duumbirat 5 Jahre, nicht wie gewöhnlich nur ein Jahr gedauert habe. Allein diese Idee ist ganz unrichtig. Sie waren vielmehr in den Municipien, was die Censoren in Rom waren, wie *Ev. OTTO* *de Aedilib. colon. et municipior. Cap. VIII. §. 4. pag. 385. sqq.* *Jo. Gottl. HEINSCORUS* *Antiquitat. Roman. Append. Lib. I. Cap. 5. §. 125.* und besonders von *Savigny* *Gesch. des R. Rechts im Mittelalter. 1. B. Kap. 2. S. 43. ff.* gezeigt haben. Daraus erklärt sich nun auch der Name, weil diese Würde, nach der Analogie der Röm. Censur, alle 5. Jahre erneuert wurde. *CICERO* *in Verrem Lib. II. Cap. 56.* Diese Quinquennalen sollten gemeinschaftlich mit den Duumbirn die Freyheit der Aerzte und Professoren vor Municipallasten schützen. *L. 1. Cod. Th. de medicis (XIII. 3.)* Es ist also auch wohl möglich, daß sie in Ermangelung des Stadtbischofs von den Duumbirn bey Bestellung der Vormünder sind beygezogen worden, zumal da es hier auf den Betrag des Vermögens der Pupillen ankam.

sollen, weil die Cautionsleistung auf ihre Gefahr geschieht⁶⁹⁾.
 Endlich ist noch

6) zu bemerken, was Justinian am Schlusse der Constitution sagt, nämlich, daß in der Residenzstadt Constantinopel dem Prätor allein das Vormundschaftswesen überlassen seyn sollte. Es heißt nämlich nach der Uebersetzung des Contius: *His, quae in magna hac civitate fiunt, tutelis aut curationibus apud solum clarissimum Praetorem faciendis.*

§. 1318.

Deutsches Recht. Competenz der Obrigkeit.

Die deutschen Rechte weichen hier von dem römischen Rechte ganz ab. Nicht nur in den deutschen Reichsgesetzen⁷⁰⁾, sondern schon in den ältern deutschen Rechtsbüchern⁷¹⁾ wird es den Obrigkeiten zur Pflicht gemacht, für die Bevormundung der Pupillen und Minderjährigen zu sorgen. Nach deutschen Rechten gehört also die Bestellung der Vormünder zur ordentlichen Gerichtsbarkeit. Jede Obrigkeit, die auch nur die Civilgerichtsbarkeit hat, kann

69) Daher hatte die so genannte *actio subsidiaria* nur gegen die Municipal-Obrigkeiten Statt. *L. 1. D. de magistrat. conveniend.*

70) Reichspolizey, Ordnung v. J. 1548. Tit. XXXI. §. 1 — 3. und vom J. 1577. Tit. XXXII. §. 1 — 3.

71) G. Jo. SCHILTER *Prax. Jur. Rom. Exercitat. XXXVII. §. 62. sqq.* Christ. THOMASII *Notae ad Institution. Justin. Lib. I. Tit. 20. §. 1.* und besonders HBINDECIUS in *Diss. de suprema Principum Magistratuumque tutela. §. 9. — 12.* (in *Opusculor. varior. Sylloge* pag. 711. sqq.)

demnach Vormünder ernennen⁷²⁾, sofern nicht etwa in einem Lande eigene Behörden errichtet worden sind, die sich bloß allein mit dem Vormundschaftswesen beschäftigen sollen, welche man denn Pupillen-Collegien, Waisengerichte, Vormundschaftsämter, oder Oberpflegämter zu nennen pflegt⁷³⁾. Die Ausübung dieser Ober-Vormundschaft macht einen Theil der freywilligen Gerichtsbarkeit aus⁷⁴⁾. Die Obrigkeit muß jedoch in Rücksicht des Pupillen competent seyn. Competent ist aber derjenige Richter, dessen Gerichtsbarkeit der Pupill entweder für seine Person, oder in Rücksicht seiner Güter unterworfen ist⁷⁵⁾. Dieß ist der Vorschrift gemäß, welche uns der

72) Jo. Pet. LUDWIG Diss. differentias iuris Rom. et German. in Atiliana tutela expon. Halae 1713. Diff. VI. Not. cc. Freyh. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 13. S. 31. ff. Danks Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 625. S. 140. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 603. Höpfner Comment. über die Hein. Institutionen. §. 201. Mittermaier Erbs. des gem. deutsch. Privatrechts. §. 370.

73) S. LUDWIG Diss. cit. Different. IV. Not. dd. und Mittermaier a. a. O. Not. 2.

74) MÜLLER ad Struvii Synt. iuris civ. Tom. II. Exercit. XXXI. Th. 29. Not. β. Nr. IV. und PUFENDORF Obs. iur. univ. Tom. II. Obs. 95. §. 1. rechnen die tutoris datio ganz begriffswidrig zur iurisdictio contentiosa.

75) S. PAUL. MONTANUS de iure tutelar. et curat. Cap. XX. Scip. GENTILIS de iurisdictione Lib. I. ad Orationem Divi Marci. Cap. 3. pag. 159. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2. Danks Handb. des heut. deutsch. Privatrechts. B. VII. §. 625. S. 140. Nr. 3. von Wening

Kaiser Antoninus giebt, wenn er in der *L. un. C. Ubi petantur tutores vel curatores* ⁷⁶⁾ (V. 32) folgendermassen rescribirt.

Magistratus eius civitatis, unde filii tui originem per conditionem patris ducunt, vel ubi eorum sunt facultates, tutores vel curatores his quam primum secundum normam perpetuam dare curabunt.

Für seine Person ist nun aber der zu bevormundende Pupill derjenigen Obrigkeit unterworfen, unter welcher desselben Vater bey seinem Ableben seinen persönlichen Gerichtsstand hatte, es sey entweder ein *forum commune*, d. h. ein durch den väterlichen Wohnort begründeter, oder ein privilegirter Gerichtsstand. Dieß ist das *forum originis*, welches, wie der Kr. Antonin sagt, die Kinder *per conditionem patris* erhalten. Hat der Vater an mehreren Orten einen Wohnsitz gehabt, so tritt Prävention ein ⁷⁷⁾. Auf den gegenwärtigen bloß vorübergehenden Aufenthalt des Mündels ⁷⁸⁾ kommt es so wenig, als auf die Religion desselben an. Auch für unmündige Juden Kinder werden daher die Vormünder von der ordentlichen Obrigkeit

Jungenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 3. B. IV. Buch. §. 155. Weber's Erläuterung der Pand. 2. Th. §. 1318.

76) Man sehe über dieses Gesetz *Hub. GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. T. I. pag. 459. sqq.*

77) *S. Mich. Godof. WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. P. II. h. t. §. 4. pag. 445. sq. und TRIBAUT Syst. des Pand. Rechts. I. B. §. 506.*

78) *Ge. FRANTZKE Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. XVI. nr. 21 — 27. VOET h. t. §. 2. in fin. von Wenning, Jungenheim a. a. O.*

keit des Orts bestellt, und der Rabbiner hat kein Recht dazu. Denn wenn gleich den Juden gestattet ist, in ihren bürgerlichen Rechtsfachen, da, wo ihre Religion einschlägt, die Entscheidung ihrem Rabbiner zu überlassen; so findet doch dieß in Vormundtschaftsachen nicht Statt, weil die Religion der Juden hierauf keinen Einfluß hat⁷⁹⁾. Hat der Richter, dem der Pupill für seine Person unterworfen ist, einen Tutor ernannt, so ist er dieses in Ansehung des ganzen Vermögens des Mündels, wenn auch die Güter ausser den Gränzen des Gerichtsbezirks der vormundtschaftlichen Behörde gelegen seyn sollten⁸⁰⁾. Jedoch kann auch der auswärtige Richter für die in seinem Gerichtssprengel gelegenen Güter einen besondern Vormund bestellen, was ihm sogar in dem Falle obliegt, wenn sich der in foro domicilii bestellte Vormund wegen der Entlegenheit, wie er auch kann, excusirt⁸¹⁾. Außer diesen Fall hat der Richter des Wohnorts den Vorzug⁸²⁾, und hatte der Vater des Pupillen einen privilegirten Gerichtsstand, so geht dieser, wie unser Hellfeld behauptet, vor⁸³⁾. Sollte keiner dieser Gerichtsstände eintreten, so ist der Richter des Orts zuständig, wo sich der Pupill gerade zu der Zeit aufhält⁸⁴⁾.

79) S. Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. B. Nr. XXIX. S. 182 — 203.

80) §. 17. *J. de Excusation*. LEYBÆR Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXII. medit. 4.

81) *L. 27. pr. D. h. t. L. 19. L. 21. §. 2. D. de Excusat.* S. FINESTRES Hermogenian. pag. 552. sq.

82) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5.

83) Man s. auch STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 3.* und THIBAUT a. a. O.

84) STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. 8.*

Da uneheliche Kinder dem Stande der Mutter folgen⁸⁵⁾, so bestimmt der persönliche Gerichtsstand der letztern die Competenz der Vormundschaftsbehörde in Ansehung der Kinder. Nach diesem persönlichen Gerichtsstande, welchen die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes anerkannte, richtet sich auch das *forum originis* bey unehelichen Kindern⁸⁶⁾.

Bei außgesetzten, oder Findelkindern, deren Aeltern unbekannt sind, kommt dem Untergerichte des Orts, wo sie gefunden worden, die Bevormundung zu. Denn dieser Ort wird als ihr Geburtsort angesehen, und begründet das *forum originis* derselben⁸⁷⁾.

§. 1318. a.

Pflichten des Richters bey Bestellung des Vormundes.

Der Richter hat nun, sobald er erfährt, daß unmündige Kinder da sind, die eines Vormunds bedürfen, das für zu sorgen, daß ihnen ein Vormund bestellt werde. Eine Aufforderung von Seiten des Obergerichters ist dazu nicht erforderlich, weil die Gesetze selbst den Richter dazu auffordern⁸⁸⁾. Zu dem Ende dürfen dem Richter die Anzeigen der Verstorbenen seines Orts in den öffentlichen Blättern nicht gleichgültig seyn. Auch die Geislichkeit des Orts muß dem Richter dabey zur Hand gehen⁸⁹⁾. Fällt

85) L. 19. L. 24. D. de statu hom.

86) S. den 6. Theil dieses Commentars §. 511. S. 262.

87) S. den Commentar a. a. D.

88) Reichs-Pol. Ordnung v. J. 1577. Tit. 32. §. 1.

89) S. Theod. HARTMANN Exercit. acad. de cautelis tutelarum, praes. Ge. Sam. MADIGN def. Francof. ad Viadrum 1775. 4. §. VI. und Preuß. Land R. 2. Th. 18. Tit. §. 95.

ihm bey der Bevormundung eine Säumniß zur Last, so ist er für den daraus den Unmündigen erwachsenen Schaden verantwortlich⁹⁰). Ist ein testamentarischer, oder gesetzlicher Vormund vorhanden, so muß er ihn nach vorgängiger Untersuchung bestätigen. Fehlt es aber an einer andern Vormundschaft, so hat er selbst den Vormund zu wählen. Bey dieser Wahl hat nun der Richter zuvörderst darauf zu sehen, ob die zu Bevormundenden seiner Jurisdiction wirklich unterworfen sind⁹¹). Hiernächst liegt ihm ob, die Tüchtigkeit des Vormunds zu prüfen⁹²). Er darf daher keinen wählen, den die Gesetze⁹³), oder den die Aeltern des Mündels verworfen haben⁹⁴). Bey der Prüfung der Tüchtigkeit hat er mehr auf Rechtschaffenheit, guten Ruf, und Geschicklichkeit, als auf Stand und Vermögen der Person zu sehen⁹⁵). Der Richter sey überdem auf gehörige Sicherheitsbestellung des Vormundes bedacht⁹⁶), und säume nicht ein Inventar über das dem Vormunde anzuvertrauende Vermögen des Mündels herstellen

90) L. 1. §. 6. D. de Magistrat. conven. verbunden mit §. 5. J. de Atil. tut.

91) S. HARTMANN Diss. cit. §. VII.

92) S. von Wenig, Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Th. IV. B. §. 156.

93) S. §. 1500. und 1501.

94) L. 21. §. 2. D. h. t.

95) L. 21. §. 5. D. h. t. S. Ant. AUGUSTINUS ad Modestinum de Excusat. ad h. L. (in Thes. J. R. Otton. Tom. IV. pag. 1562.) HARTMANN cit. Exercitat. §. VIII.

96) Reichs, Pol. Ordn. vom J. 1577. Tit. 52. §. 3. Mittermaier angeführte Grundf. §. 370. HARTMANN cit. Diss. §. IX.

zu lassen⁹⁷⁾. Er belehre den Vormund von seinen Pflichten, und lasse ihn die treue Erfüllung derselben durch Eid oder Handschlag versprechen, je nachdem es die Gesetze vorschreiben⁹⁸⁾.

§. 1319.

Welche kann die Obrigkeit zu Vormündern ernennen? wie muß die Ernennung geschehen?

Die Obrigkeit darf aber nur solche Personen zu Vormündern bestellen, welche ihrer Jurisdiction unterworfen sind⁹⁹⁾. Sollte es jedoch unter seinen Gerichtsunterthanen

97) HARTMANN cit. Exercit. §. XIII. et XIV. Mittermaier a. a. D.

98) HARTMANN. §. XI. et XII.

99) L. 1. §. ult. L. 3. D. h. t. besonders L. 5. Cod. Qui dare tutor. vel curator. poss. wo die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren: Neque a Praeside alterius provinciae, neque a Magistratibus municipalibus tutorem ortum ex alia civitate, nec domicilium, ubi nominatur, habentem, iure dari posse ab eo, cuius jurisdictioni subiectus non est, certissimi iuris est. Zwar sagt Ulpian L. 10. D. de tutelis: Etiam non municeps tutor dari potest, dummodo municipi detur. Allein dieß ist kein Widerspruch. Denn es ist hier von einem bloßen *incola* die Rede, welcher zwar in einer Stadt sein Domicilium hat, aber doch nicht *civis* derselben ist. L. 239. §. 2. D. de Verb. Signif. L. 1. C. de incolis. (X. 39.) Ein solcher *incola* war aber der nämlichen Jurisdiction unterworfen, unter welcher der *municeps* stand. L. 29. D. ad Municipalem. S. VORT Comm. ad Pand. h. t. §. 3. GENTILIS de iurisdic. Lib. I. ad Orationem D. Marci. Cap. 3. pag. 161. sq. und WEBSTENBERG Div. Marcus. Diss. XI.

nen an tauglichen Subjecten fehlen, so ist der benachbarte Richter zu requiriren ¹⁰⁰), oder das Obergericht anzugehen ¹⁾. Viele behaupten auch, daß ein fremder Richter unterthan zum Vormund bestellt werden könne, wenn dieser damit zufrieden ist, und sich dem Gerichte in Rücksicht der Vormundschaft unterwirft ²⁾. In diesem Falle muß er denn auch dieses Gericht als Vormund aners

§. 10. Wer weder als civis, noch incola dem Richter unterworfen war, konnte von demselben wider seinen Willen zum Vormund nicht ernannt werden. *L. 13. in fin. D. de Excusat.*

- 100) *L. 24. D. h. t. PAULUS Lib. IX. Responsor. Divi MARCUS et VERUS Cornelio Proculo. Si quando desint in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores, officium sit magistratum, inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque, et nomina Praesidi provinciae mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare.* Von einem solchen Falle erklärt *Ulr. HUBER Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 26. §. 2. pag. 557.* die in der vorigen Note angeführte *L. 10. D. de tutel.* Denn der *non municeps* ist ihm ein *municeps alterius civitatis*. Diesen konnte der Präses, dessen Imperium sich über alle Städte der Provinz erstreckte, zur Uebernehmung der Tutel nöthigen. Man sehe noch *L. 1. §. 10. D. de magistrat. conveniend.* und vergleiche über diese Gesegstellen, welche zwar von verschiedenen Juristen, (denn die letztere ist von Ulpian) aber gleichen Inhalts sind, *WESTENBERG c. I. §. XIII.*

- 1) *S. von Benning, Jngenheim angef. Lehrbuch 3. B. IV. Buch. §. 156.*
 2) *S. Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 13. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 737. (der dritt. Aufl.)*

kennen, und kann auch auf Ansuchen desselben zur Erfüllung seiner Pflichten von seiner Gerichtsobrigkeit angehalten werden. Eine solche Prorogation der Gerichtsbarkeit ist den Gesetzen nicht zuwider ³⁾. Daß der Richter selbst sich nicht zum Vormund bestellen könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Ulpian ⁴⁾ sagt dieses mit ausdrücklichen Worten. Ob aber nicht das Gericht, wenn es ein Collegium bildet, ein Mitglied desselben zum Vormund ernennen könne, ist eine Rechtsfrage, worüber gestritten wird. Cujaz ⁵⁾ findet kein Bedenken, sie zu bejahen. Für diese Meinung sprechen auch deutliche Gesetze. Paulus sagt *libro XVI. ad Plautium* ⁶⁾ ausdrücklich: *Magistratus municipalis collegam suum quin dare tutorem possit, non est dubium*; und an einem andern Orte *libro X. Responsorum* ⁷⁾ heißt es: *Decreto decurionum et ipsum magistratum curatorem dari potuisse respondi*. Dieß behaupten auch die meisten, sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten ⁸⁾. Nur Scipio Genz

3) STRYK *Us. mod. Pand. h. t. §. XI.* und besonders *Car. Gottl. FÜRBRINGER Diss. de tutore alienae iurisdictionis, praeside Jo. Frid. HERTEL hab. Jenae 1739. Sect. V. §. 36 — 38.*

4) *L. 4. D. de officio Praetor. L. 5. D. de off. Praesid. L. 4. D. h. t. ULPIAN. libro IX. ad L. Jul. et Papiam. Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex.*

5) *Observation. Lib. VII. Cap. 17.*

6) *L. 19. D. h. t.*

7) *L. 3. D. Qui petant tutor. vel curator.*

8) VORT *Comm. ad Pand. h. t. §. 4.* MALBLANC *Princip. iuris. Rom. P. II. Sect. post. §. 662.* HUFELAND *Lehr-*

tilis⁹⁾ ist anderer Meinung. Seine Gründe sind, weil der Magistrat über seine Collegen keine Gerichtsbarkeit habe. Dicendum est, lehrt Ulpian *libro IV. Fideicommissorum*¹⁰⁾, Praetorem in Praetorem, vel Consulem in Consulem nullum imperium habere. Vergeblich sey also die Bestellung eines Vormundes, über den das Gericht keine Gewalt hat, und der ihm zu gehorchen nicht schuldig ist. Ueberdem könne auch eine Magistratsperson bey ihrem Collegen nicht manumittiren¹¹⁾; und daß eine Municipalobrigkeit ihren Collegen zum Vormund habe ernennen können, habe seinen Grund darin, weil dieses nicht ohne den iussus des Präses der Provinz habe geschehen können. Es sey also eben so gut, als ob der Präses selbst den Vormund ernannt habe. Dieser Grund passe nicht auf jede andere Obrigkeit. Allein alle diese Gründe vermögen nicht, die Meinung des Gajaz zu widerlegen. Es wird ja hier vorausgesetzt, daß der College die Vormundschaft übernehmen wolle. Denn zur Uebernehmung kann er freylich nicht gezwungen werden. Daher sagt selbst Ulpian in eben der Stelle, auf welche sich Gentilius beruft: *sed si iurisdictioni se subiciant, solet Praetor in eos ius dicere*. Indem er sich nun von dem Gericht, dessen College er ist, zum Vormund hat bestellen lassen, so hat er sich auch hierdurch der

buch des Civilrechts. 2. B. §. 1611. Not. e. und von Wening-Jungenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. B. IV. B. §. 156.

9) De iurisdictione. Lib. I. ad Oration. D. Marci Cap. 5. pag. 163. sq.

10) L. 13. §. ult. D. ad Sctum Trebellian.

11) L. 14. D. de manumiss. (XL. 1.)

Gerichtbarkeit desselben unterworfen¹²⁾. Er ist folglich in allen auf die übernommene Vormundschaft sich beziehenden Geschäften und Angelegenheiten nicht mehr als Colleague zu betrachten, sondern, wie jeder andere Bürger, dem vormundschaftlichen Gerichte unterworfen. Daß nach dem röm. Rechte eine Magistratsperson bey ihrem Collegen nicht manumittiren konnte, steht uns nicht entgegen, weil der Magistrat, welcher die legis actio hatte, vor sich selbst manumittiren konnte¹³⁾.

Die obrigkeitliche Ernennung des Vormunds muß nun auch auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art geschehen, also 1) nach vorgängiger Untersuchung¹⁴⁾. Worin diese Untersuchung besteht, darüber belehrt uns Theophilus in seiner griechischen Paraphrase¹⁵⁾. Die Obrigkeit soll nämlich untersuchen a) ob die zukünftigen Tutoren wohlhabend sind; (*εἰ εὐποροὶ εἰσὶν οἱ ἐσόμενοι ἐπίτροποι*; b) ob sie ein ehrbares Leben führen; (*εἰ χρηστὸν ἔχουσι βίον*¹⁶⁾ und c) ob sie im Stande sind, ein fremd

12) L. 14. D. de iurisdic. ULPIAN. lib. 59. ad Edict. Est receptum, eoque iure utimur, ut si quis maior vel aequalis subiiciat se iurisdictioni alterius: possit ei et adversus eum ius dici. C. Osius AURELIUS de variantib. Cujacii interpretationib. Dispunct. V. (in Thes. J. R. Otton. Tom. III. pag. 706.)

13) L. 5. D. de manumiss. vind.

14) L. 21. §. 2. 5. et 6. D. h. t. L. 7. §. 1. D. de confirmando tut.

15) Lib. I. Tit. 20. §. 5.

16) Daß es bey dem Vormund auf Rechtschaffenheit und guten Lebenswandel mehr, als auf Stand und Vermögen ankomme, lehrt auch Modestinus L. 21. §. 5. D. h. t. welche Stelle schon an einem andern Orte, nämlich

des Vermögen zu verwalten; (*ἢ δυνάμενοι διοικεῖν ἀλλοτριάν περιουσίαν*). Diese Untersuchung ward jedoch bey den Römern nur von den magistratus maiores erfordert, die magistratus minores, oder municipales mußten sich Satisfaction bestellen lassen, weil eine solche inquisitio, welche statt der Satisfaction dient, nach dem römischen Rechte mehr zum imperium, als zur Jurisdiction gehört¹⁷). *Ea vero, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest*¹⁸). Dieser Unterschied fällt

§. 1311. C. 282. erklärt, und gezeigt worden ist, daß der vom Modestin gebrauchte griechische Ausdruck *ἀγαθὴ προαίρεσις* durch *bona electio* schlecht übersetzt sey; es heißt vielmehr der Wille oder Vorsatz recht zu thun, wie *Ulr. HUBER* Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 25. §. 4. pag. 555. aus einer Stelle des Aristoteles bewiesen hat.

- 17) *HUBER* cit. libro. Cap. 26. §. 1. pag. 556. sagt, die Satisfaction scheine als etwas Schimpfliches angesehen worden zu seyn, 1) für den Vormund, weil sie einen Verdacht habe beseitigen sollen, *Ulpian L. 17. in fin. D. de testam. tut.* gebrauchte daher den Ausdruck: *contumeliam satisfactionis subire*. Eine solche von dem Vormund zu fordern, habe auch daher 2) unter der Würde des Prätors oder des Präses der Provinz zu seyn geschienen. Allein er giebt doch noch einen andern Grund an, nämlich daß es die Obergerichte bey der Untersuchung, so wie auch noch h. z. L. genauer zu nehmen pflegten, als die Untergerichte. Vielleicht deutet darauf *Justinian* hin, wenn er *Pr. J. de Satisfactione* sagt: *Ex inquisitione tutores vel curatores dati, satisfactione non onerantur: quia idonei electi sunt.*

- 18) *L. 26. pr. D. Ad municipal.*

b. z. L. weg. 2) Die Bestellung darf auch nicht unter einer Bedingung, noch mit Beyfügung einer Zeitbestimmung, geschehen. Ulpian sagt *libro XXXVIII. ad Sabinum*¹⁹⁾: *Sub conditione a Praesidibus provinciarum non posse dari tutorem placet, et si datus sit, nullius esse momenti dationem: et ita Pomponius ait. Hanc autem adiectionem, quam Praesides provinciarum faciunt, tutorem do, si satisdederit, non conditionem in se habere, sed admonitionem: non aliter ei tutelam committi, quam si satisdederit, hoc est, non aliter ei gerere permittendum, quam si rem pupillo salvam fore caverit.* Und Papinian²⁰⁾ rechnet die *datio tutoris* unter die *actus legitimi*, qui neque recipiunt diem neque conditionem. Heutzutage läßt sich jedoch der Grund, warum ein Vormund von der Obrigkeit nicht unter einer Bedingung, oder Zeitbestimmung bestellt werden dürfe, wohl nicht mehr aus der Feyerlichkeit der Handlung herleiten, sondern die Ursache liegt vielmehr in dem Wesen derselben, weil öftere Veränderungen mit der Person des Vormunds für den Pupillen nachtheilig sind, und daher so viel möglich vermieden werden müssen²¹⁾. Die Ernennung des Vormunds muß daher auf eine solche Art geschehen, daß er sein Amt behalten kann, und muß, bis die Vormundschaft in der Person des Pupillen geendigt ist. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn nur ein interimistischer Vormund zu ernennen

19) L. 6. §. 1. D. de tutelis.

20) L. 77. D. de Reg. iuris.

21) S. Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 200.

ist²²⁾. 3. B. wenn ein testamentarischer Vormund unter einer Bedingung, oder Zeitbestimmung ernannt worden, und die Bedingung noch nicht eingetreten, oder die Zeit noch nicht erschienen ist²³⁾. Hier wird bis dahin ein Vormund von der Obrigkeit bestellt²⁴⁾. Mehrere Beispiele sind schon oben vorgekommen.

§. 1520.

Wie wenn die Gerichtsbarkeit unter zwey Gerichten streitig ist?

Ist die Gerichtsbarkeit über den Pupillen zwischen zwey Gerichten streitig; so kommt es darauf an, welches von beyden im Besitz ist, d. h. vor dem erhobenen Streit die jünste gerichtliche Handlung über den Pupillen, oder desselben Vater ausgeübt hat. Dieses bestellt den Vormund, und die von demselben geschene Vormundschaftsbestellung ist und bleibt gültig, wenn auch das andere Gericht nachher obgestiegen hätte²⁵⁾. Sollte der Besitz selbst streitig seyn, so ernennt das Obergericht den Vormund.

§. 1521.

Competente Behörden bey Bestellung der Curatoren. *Cura minorum.*

So wichtig auch nach dem Römischen Rechte der Unterschied zwischen Tutel und Cura, zwischen Tutoren

22) S. von Benin'g, Ingenheim a. a. D. §. 156.

23) §. 1. J. h. t.

24) L. 11. pr. D. de testam. tut.

25) Aug. a LRYSSER Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXXII. medit. 1. et 2. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentation. in Pandectas. P. II. h. t. §. 4. pag. 446. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung. 1. Th. §. 13. S. 34.

und Curatoren ist, wie schon an einem andern Orte²⁶⁾ gezeigt worden; so hat man doch auch bey den Curatoren, hinsichtlich der zur Bestellung derselben competenten obrigkeitlichen Behörden, ganz dieselben Grundsätze angenommen²⁷⁾, welche in den vorigen §. §. bey der Tutel vorgetragen worden sind. Es beweist dieses nicht nur die Rubrik unsers Titels, sondern Justinian lehrt dieses auch ausdrücklich in seinen Institutionen²⁸⁾. Hier heißt es: *Dantur autem curatores ab iisdem magistratibus, a quibus et tutores.* Bey den Römern gab es nämlich nur eigentlich zweyerley Arten der Curatoren; solche, welche schon durch die XII Tafeln berufen waren, und solche, welche von der Obrigkeit bestellt wurden. Ulpian²⁹⁾ sagt: *Curatores aut legitimi sunt, id est, qui ex lege duodecim tabularum dantur: aut honorarii, id est, qui a Praetore constituuntur.* Unmittelbar durch Testament bestellte Curatoren (*testamentarii*) gab es nicht³⁰⁾. Denn die Gesetze der XII Tafeln reden bloß von einer testamentarischen Tutel. So lange nun bey den Männern, (denn Frauenpersonen standen ohnehin unter einer beständigen Vormundschaft) die Jahre der Pubertät noch durch kein Gesetz bestimmt waren, bestimmten die Väter selbst in ihrem Testamente, nach dem Geist und

26) S. §. 1298. a.

27) S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 256.

28) §. 1. *J. de Curator.* (I. 23.)

29) *Fragm. Tit. XII. §. 1.*

30) S. Jo. CANNegiETER ad Domitii Ulpiani Fragmenta. Tit. XII. §. 3. pag. 65. besonders Jac. CUJACIUS Observation. Lib. VII. Cap. 6. und Jo. Th. SEGER brevis curarum historia. §. 2. (in *Opuscul.* Vol. I. pag. 112.)

Gefinnungen ihrer Söhne, wie lange sie den Vormund, der im Testament ihnen war gegeben worden, behalten sollten³¹⁾, und überließen sie dann nach geendigter Tutel ihrer eignen Leitung. Dieß konnte auch Anfangs ohne Bedenken geschehen. Denn gewöhnlich erstreckte sich die Tutel bis dahin, da die Söhne für fähig gehalten wurden, in Kriegsdienste zu treten. Zur Uebernehmung derselben konnte aber jeder junge Römer genöthigt werden³²⁾. Wozu nun noch ein Curator, da sie unter der viel strengern Aufsicht ihrer Kriegsobern standen? Von dieser Zeitperiode der Römer spricht Sallust³³⁾, wenn er erzählt: *Jam primum juvenus simul ac belli patiens erat, in castris per laborem usu militiam discebat: magisque in decoris armis, et militaribus equis, quam in scortis atque conviviiis libidinem habebat.* Wie nun in der Folge durch die Aenderung der Zeiten und Sitten die cura minorum war herbeygeführt worden; so geschah es, daß auch Väter anfangen, ihren Söhnen einen Curator im Testamente zu bestellen. Soweit erstreckte sich aber doch die väterliche Gewalt nicht. Denn die Curatel wird nur hauptsächlich für das Vermögen, und zur Besorgung der darauf sich beziehenden Geschäfte angeordnet, darüber konnte aber der Vater in seinem Testamente nicht verfügen,

31) C. §. 1298. a. C. 52. f.

32) Flav. VEGETIUS *de re militari*. Lib. I. cap. 4. Nunc qua aetate milites legi conveniat, exploremus. Et quidem, si antiqua consuetudo servanda est, incipientem pubertatem ad delectum cogendam nullas ignorat.

33) *Bellum Catilinar.* Cap. 7. Man vergleiche vorzüglich *Franc. Phil.* BREITSPRECHER *Diss. histor. iurid. de origine curationis minorum ac progressu usque ad tempora Justiniani.* Gryphiae 1764. §. 5.

wenn die Kinder bereits die Mündigkeit erreicht hatten. Die Kaiser Diocletian und Maximian³⁴⁾ bemerkten daher als Etwas, worüber gar kein Zweifel obwalte: *Curatorem inutiliter in testamento dari*; weil keinem Minderjährigen ein Curator wider seinen Willen aufgedrungen werden konnte³⁵⁾, auch nicht vom Vater. Hat daher der Vater seinen mündigen Kindern einen Curator im Testament bestellt, und die Kinder verlangen ihn; so muß er von der competenten Obrigkeit bestätigt werden. So lehrt Justinian³⁶⁾ in seinen Institutionen, wo er sagt: *Sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto Praetoris vel Praesidis*. Soviel nun die *cura legitima* betrifft, so ist zwar im Allgemeinen gewiß, daß die XII Tafeln einen *furiosus*, so wie auch einen *prodigus*, *cui bonis interdictum est*, nach einer schon vorher längst bekannten Sitte, unter die Curatel seiner Agnaten und Gentilen gesetzt haben³⁷⁾. Sie setzen aber voraus, 1) daß Agnaten vorhanden sind, daher konnten nur Freygebohrne, nicht Freygelassene, *legitimi curatores* haben; 2) daß die *legitimi curatores* fähig sind, und 3) daß der *prodigus*, bey dem dieses Ulpian³⁸⁾

34) L. 7. in fin. Cod. de testam. tut. (V. 28.)

35) §. 2. J. de curator.

36) §. 1. in fin. J. eodem.

37) CICERO *Tusculan. Quaestion. Lib. III. cap. 5. IDEM de Republica Lib. III. cap. 55. ULPIANUS Fragm. Tit. XII. §. 2. L. 1. D. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. (XXVII. 10.) §. 3. J. de curator. S. DIRKSEN Kritik u. Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. S. 569. ff.*

38) *Fragm. Tit. XII. §. 3. S. Hugo Röm. Rechtsgesch. S. 122. Z. 24. und SEGER cit. Curarum. historia. §. 3 — 5. (in Opuscul. pag. 112 — 115.)*

zwar nur allein ausdrücklich angegeben hat, welches aber wohl auch bey dem furiosus galt, seinen Vater ohne Testament beerbt hatte. Von dieser Curatel wird erst Lib. XXVII. Tit. 10. gehandelt werden. In solchen Fällen nun, wo es an einem legitimus curator fehlte, oder der legitimus curator unfähig war, bestellte die competente Obrigkeit den Curator nach vorgängiger Untersuchung. Diese war in Rom der Praefectus urbi, oder der Praetor, in den Provinzen aber der Praeses, oder Proconsul. Justinian³⁹⁾ sagt:

Sed solent Romae Praefectus urbi, vel Praetor, et in provinciis Praesides ex inquisitione eis curatores dare.

Eben so Ulpian libro VIII. de omnibus tribunali- bus⁴⁰⁾. Furioso et furiosae, et muto et surdo, tutor vel curator a Praetore vel Praeside dari poterit.

Ebendieselbe libro III. de officio Proconsulis.

His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem Proconsulem oportebit.

Und Paulus sagt das Nämliche libro I. de officio Proconsulis⁴¹⁾:

Sed et aliis dabit Proconsul curatores, qui rebus suis superesse non possunt, vel dari iubebit.

39) §. 5. in fin. D. de Curator.

40) L. 8. §. ult. D. h. t.

41) L. 12. pr. D. eodem.

42) L. 2. D. de curatorib. furioso et aliis dand.

Nach diesen Gesetzen konnten also die darin benannten obrigkeitlichen Behörden nicht bloß den furiosis und erklärten prodigis, sondern auch jedem Andern, bey dem die causae cognitio solche physische oder geistige Mängel gefunden hatte, die ihn zur eignen Verwaltung seines Vermögens unfähig machten, wenn er auch gleich schon über 25 Jahre alt war, einen Curator geben. Ob aber dieselben Gesetze, welche bey der Bestellung der Tutoren für Unmündige die obrigkeitliche Competenz bestimmten, auch von Curatoren der Rasenden und erklärten Verschwender gehandelt haben, ist wohl in Ansehung der früheren Gesetze zu bezweifeln⁴³⁾. Diese reden, so weit wir sie noch jetzt kennen, bloß von Tutelen. Es scheint also mehr einer Sitte, als einer Lex, anzugehören, wenn diejenigen Magisträte, welchen die Gesetze die Befugniß gegeben haben, den Unmündigen Tutoren zu bestellen, diese Competenz auch auf die Ernennung der Curatoren erstreckten. Daher spricht Gajus⁴⁴⁾ von Curatoren, ad quos non e Lege curatio pertinet, sed qui vel a *Consule*, vel a *Praetore*, vel a *Praeside provinciae* dantur. Erst die oben bey den Tutelen angeführten neuern Gesetze des Theodos und Justinian handeln sowohl von Tutoren als Curatoren. Bey der cura furiosi nennt Justinian in einer neuern Verordnung⁴⁵⁾ nur den Praefectus urbi in Rom, und den Praeses mit dem Bischof und drey Primaten in den Provinzen. In Absicht auf das Verfahren des Praefectus urbi in Rom unterscheidet Er,

43) G. MARCHE Diss. de tutoribus ex Lege Julia et Titia §. IX. Not. g.

44) Institut. commentar. I. §. 200.

45) L. 7. §. 6. Cod. de curat. furiosi. (V. 70.)

ob der zu Bevormundende eine persona nobilis ⁴⁶⁾ ist, oder nicht. Im ersten Falle soll die Ernennung des Vormunds, und die Untersuchung seiner Tüchtigkeit in der Versammlung des Senats geschehen, in dem andern Falle aber von dem Praefectus urbi allein vorgenommen werden können. In den Provinzen aber soll der Präses mit dem Bischof des Orts, und drey Primaten ⁴⁷⁾ den Curator ernennen.

Zur cura furiosorum und prodigorum, als der ältesten Art der Curatel, welche wir kennen, die theils legitima, theils dativa oder honoraria war, kam nachher, und zwar noch in den Zeiten des Röm. Freystaats, hinzu die cura minorum, welche bloß dativ ist. Sie ist durch die Lex Plaetoria eingeführt worden. Gewöhnlich wird dieses Gesetz Lex Laetoria ⁴⁸⁾ genannt, und

46) In den *Basilic.* Tom. V. pag. 167. wird diese persona nobilis durch *συγκλητικὸν υἱὸς, Senatoris filius* erklärt.

47) *Primates* wurden in den Municipalsstädten die zehn ersten und vornehmsten der Curie genannt. Sie hießen daher *Decemprimi curiales*, auch *Principales*, *Summates*, *Seniores*, *πρωτοστάται*, *πρωτοπολίται*. AMMIANUS MARCELLINUS *Lib. XXVIII. cap. 6.* nennt sie *Primates Ordinis sui*. Man s. *Jac. GOTHOFREDUS Paratitlon ad Tit. 1. Lib. XII. Cod. Theod. de Decurionib.* (Tom. IV. pag. 556. edit. Ritter.) *Ev. OTTO de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. V. §. 4. pag. 149. sqq.* und *Frid. ROTH de re municipali Romanor. Lib. II. §. 10. pag. 71. sq.*

48) *Jo. Hieron. HETZER Diss. ad Legem. Laetoriam. Lipsiae 1749. 4.* (in *Dan. FELLENERG Jurisprud. antiqua. Tom. II. pag. 593 — 623.*) *Guil. de HERROGHE Tribonianus circa Legem Laetoriam non errans sub. praesid. Christ. WILDVOGEL Jenae 1720. hab.* (in *Opu-*

unter diesem Namen wird es zweymal von Cicero ⁴⁹⁾, ferner von Sueton ⁵⁰⁾, auch Julius Capitolinus ⁵¹⁾ angeführt, und noch Kaiser Constantin I. ⁵²⁾ nennt die *anni Laetoriae legis*, statt schlechtweg zu sagen, die Jahre unter fünf und zwanzig. Allein der ächte Name dieses Volksschlusses ist nun durch die Tafel von *Heraclea* ausser Zweifel gesetzt, in welcher es heißt: *queive lege PLAETORIA ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit, fecerit, condemnatus est* ⁵³⁾. Wie häufig die Namen LAETORIUS und PLAETORIUS mit einander verwechselt worden sind, beweisen viele Stellen der lateinischen Classiker ⁵⁴⁾. Selbst die Lesart bey Cicero ist schwankend. Denn mehrere alte Handschriften lesen *Pletoria*, oder *Plaetoria*. Man kann es

scul. a Jo. WUNDERLICH collect. Hamburgi 1768. 8. pag. 3 — 24. Lud. Jul. Frid. HOEFNER Progr. de Lege Laetoria et cura minorum. Giessae 1778. 4. Jo. Aug. ERNESTI Clav. Ciceron. Ind. Legum v. Laetoria. Man sehe auch Car. FEA Vindiciar. et Observation. iuris Cap. 6. pag. 122 — 150.

49) *De Officiis. Lib. III. cap. 8. und de natura Deorum. Lib. III. cap. 30.*

50) *Praetorum Lib. IV. bey PRISCIANUS Lib. VIII. p. 794. edit. Putsch.*

51) *In vita Marci Aurelii. Cap. 10.*

52) *L. 2. Cod. Theod. de Donation. (VIII. 12.)*

53) *S. Hugo civilist. Magazin. 3. B. S. 576. und Cust. Theod. Lud. MAREZOLL Fragmentum Legis Romanae in aversa Tabulae Heracleensis parte illustr. (Goetting. 1816. 8.) pag. 159. sq.*

54) *LIVIUS Lib. II. c. 27. VALERIUS MAXIMUS Lib. IX. Cap. 3. nr. 6. LIVIUS XXXIV. 45. HIRTIUS de bello Africano. cap. 98.*

daher einem Anton Augustin, Paul Manutius, Joh. Ge. Gräve, Isaac Verburg, Jo. Aug. Ernesti, einem Schütz, einem Heusinger und andern trefflichen Editoren des Cicero eben nicht so sehr verargen, wenn sie der gemeinen Lesart huldigten, ja die Lesart *Plaetoria*, als die unrichtige, verwarfen; da es vor Entdeckung der Urkunde von *Heraclea* fast nur ein blindes Rathen war, welchen von beyden Namen man vorziehen sollte, obwohl nun freylich in den neuesten Ausgaben von Cicero *de officiis*, und *de natura Deorum* die richtigere Lesart ist angenommen worden⁵⁵⁾. Die gens *Plaetoria* ist auch auf Münzen und Marmor bey Gruter und Muratori hinlänglich beurfundet⁵⁶⁾, und was noch insonderheit für die richtigere Lesart spricht, ist, nach der sehr scharfsinnigen Bemerkung des gefeierten Hugo⁵⁷⁾, daß die ersten Sylben sonst in der Sprache weniger geläufig waren, als *laetor*. Wenn das Gesetz gegeben worden, ist ungewiß. Gewöhnlich hält man den Volkstribun *M. Laetorius Plancianus* für den Urheber, und setzt es ins Jahr der St. Rom 490. Allein diese Meinung beruht auf keiner sichern *fides antiquitatis*. Von dem Alter der *Lex Plaetoria* läßt sich nur so viel mit Ge-

55) Man vergleiche die trefflichen Ausgaben von Carl Beter *de officiis*. Tom. II. (*Lipsiae* 1821.) pag. 290. und von Heindorf *de natura Deorum*. Auch in der neuesten Ausgabe Billerbeck's von Cicero *de Officiis*, Hannover 1827. 8. steht *Plaetoria*, mit Beziehung auf Beter, der die Urkunde von *Heraclea* zum Beweis anführt.

56) *S. Fulv. Ursinus de Familiis Rom. GENS PLAETORIA.* (in *GRAEVII Thes. Antiquitat. Rom.* Tom. VII. p. 1298.)

57) *Lehrb. der Gesch. des R. Rechts.* S. 294. der 8. Aufl.

wisheit sagen, daß sie vor dem Jahre 570 müsse gegeben worden seyn. Denn in diesem Jahre starb Plautus nach Cicero's Nachricht⁵⁸⁾ unter den Consuln P. Claudius Pulcher und L. Porcius Licinus⁵⁹⁾, welcher diesen Volksschluß *lex quinavicennaria* nennt⁶⁰⁾. Die *lex Plaetoria* nahm nun vorzüglich die Minderjährigkeit in Schutz, für welche diese *lex* ein Alter von fünf und zwanzig Jahren bestimmt hatte⁶¹⁾. Sie bestrafte denjenigen, welcher einen Minderjährigen im Handel und Verkehr übervortheilte hatte, indem sie ihn einer öffentlichen Anklage unterwarf, die mit einer Infamie verbunden war⁶²⁾. Dieß ist die *circumscriptio adolescentium lege Plaetoria vindicata*, von welcher Cicero⁶³⁾ spricht. Dieß ist das *iudicium publicum rei privatae*, welches Cicero⁶⁴⁾ als Strafe der *Lex Plaetoria* nennt. Und hierauf deutet auch gewiß die Stelle bey Plautus⁶⁵⁾ hin:

CA. *Perii! an non tum Lex me perdit quinavicennaria?*
 Metuunt credere omnes. BA. *Eadem est mihi Lex,*
metuo credere.

Daß Stipuliren, d. h. sich *spondendo* zu verpflichten, hatte die *Lex Plaetoria* den Minderjährigen

58) *In Bruto cap. 15.*

59) ALMELOVERN *Fasti Consular. Romanor. pag. 88.*

60) *Pseudol. Act. I. Sc. III. v. 69.*

61) S. HETZER *Diss. cit. §. 7.*

62) S. die *Tab. Heracleensis. a. a. D. und Hugo Lehrb. der Gesch. des R. Rechts. S. 294. Z. 14 — 18.*

63) *De Officiis III. 15.*

64) *De natura Deor. III. 50.*

65) *Cit. loc. v. 69 et 70.*

noch insonderheit verboten, wie Sueton bey Priscian⁶⁶⁾ referirt. Die Klage ward hier dem Stipulator so gut, wie dem Gläubiger versagt, welcher dem Minderjährigen baar Geld creditirt hatte⁶⁷⁾; in andern Fällen konnte die in integrum restitutio die Aufhebung des ganzen Geschäfts bewirken⁶⁸⁾. Sowohl dem Minderjährigen, um seines Credits willen, als demjenigen, welcher sich mit ihm in ein Geschäft einlassen wollte, um seiner Sicherheit willen, war demnach daran gelegen, daß ihm ein Curator von der Obrigkeit gegeben werde⁶⁹⁾. Es mußte aber beyrn Antrage auf Bestellung vermöge der lex Plaetoria eine besondere Ursache angeführt werden, und denn scheint auch die Bestellung meist nur für einzelne Geschäfte erfolgt zu seyn⁷⁰⁾. Curator enim et ad certam causam dari potest. Z. B. zu einem Proceß⁷¹⁾. Doch zuweilen auch bleibend für die ganze Zeit der Minderjährigkeit. Z. B. wenn der Vater seinen Kindern nach erreichter Minderjährigkeit einen Curator im Testament bestellt hatte, welchen jedoch die Obrigkeit bestätigen mußte⁷²⁾; oder wenn ein

66) Lib. VIII. pag. 288. (Basil. 1554. 8.) und pag. 794. edit. Putsch. LAETORIA, quae vetat minorem annis XXV. stipulari, i. e. aliis spondendo se obligare. S. HETZER cit. Diss. §. X. not. d.

67) HETZER cit. Diss. §. IX et X.

68) S. Sch w e p p e Röm. Rechtsgesch. und Rechtsalterthüm. §. 297. S. 444.

69) S. Sch w e p p e angef. Rechtsgesch. §. 432. S. 625.

70) Z i m m e r n Gesch. des R. Privatt. 1. B. 2. Abth. §. 237. S. 891 f.

71) §. 2. J. de Curator.

72) L. 1. §. 5. D. de confirm. tut. L. 3. §. 5. D. de administrat. tutor. et curator.

Minderjähriger wegen ausschweifender Lebensart, oder wegen Blödsinns, und schwachen Verstandes sein Vermögen selbst zu verwalten nicht verstand. In solchen Fällen, wo die legitima curatio keine Anwendung fand, konnte einem Minderjährigen auf den Antrag der Verwandten ein Curator auch wider seinen Willen vom Prätor gegeben werden, und solche Fälle konnten allerdings schon vor der lex Laetoria vorgekommen seyn⁷³⁾. Allein das Verfahren des Prätors beruhte hier mehr auf der Praxis, als auf einer Lex⁷⁴⁾. Denn Wahnsinnige und Berschwender erhielten ganz ohne Rücksicht auf minor aetas Curatoren⁷⁵⁾. Die Nothwendigkeit der Angabe von Gründen, welche die Lex Plaetoria bey der Bestellung der Curatoren für Minderjährige vielleicht darum erforderte, weil die Curatel eine Last für Andere war, welche nicht ohne Noth aufgelegt werden sollte⁷⁶⁾, ward jedoch nachher durch Marc Aurel aufgehoben, indem derselbe, wie sein Biograph⁷⁷⁾ von ihm erzählt, verordnete, daß jeder Minderjährige sich einen Curator könne geben lassen, ohne daß es einer causae cognitio weiter bedürfe. Dieß ist die Geschichte der Lex Plaetoria in Verbindung mit der Constitution des K. Marcus, welche Julius Capitolinus in der bekannten, aber sehr verschieden erklärten Stelle folgendermaßen erzählt: *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex Lege LAETORIA (Plaetoria) vel propter LASCIVIAM,*

73) Zimmermann Geschichte des Röm. Priv. Rechts. 1. B. §. 257.

74) ULPIAN. *Fr. XII. 3.*

75) Zimmermann a. a. O. S. 892.

76) Schweppe S. 626.

77) JULIUS CAPITOLINUS in *M. Antonino Cap. 10. in fin.*

vel propter DEMENTIAM, darentur, ita statuit, ut OMNES ADULTI curatores acciperent NON REDDITIS CAUSIS. Man hat diese Stelle auf dreyerley Art verstanden. Erstens so, daß Capitolin nicht bloß von der cura minorum rede, von welcher die Constitution des R. Marcus gehandelt habe, sondern bey Gelegenheit derselben aller Arten der Curatel gedenke, die es vor Marc Aurel gegeben hat. Der Sinn sey nämlich der. Vor Antonin habe es drey Arten von Curatoren gegeben, 1) solche, die den Minderjährigen *ex lege Plaetoria* auf ihr Gesuch, jedoch immer mit motivirter Angabe einer besondern Ursache, 2) solche, die den prodigis, denen der Prätor die eigene Verwaltung ihrer Güter untersagt hat, *propter lasciviam*, und 3) solche, die den furiosis und *mente captis propter dementiam*, gegeben wurden. Dieses ältere Recht habe nun R. Marcus in so weit abgeändert, daß bey der cura minorum eine Angabe von Gründen nicht mehr nöthig seyn solle⁷⁸⁾. Zweitens so, daß die Lex Plaetoria Minderjährige, und zwar sowohl prodigi aller Art, als furiosi und überhaupt Blödsinnige, in den Fällen, wo die legitima cura keine Anwendung fand, einer dativa unterworfen habe, auch wider ihren Willen; nach der Constitution des R. Marcus aber den Minderjährigen, auch in Ermangelung solcher Gründe, auf ihr bloßes Verlangen Curatoren gegeben werden sollten⁷⁹⁾. Endlich drittens so, daß

78) An der Spitze dieser Parthey steht Jo. Gottl. HEINRICIUS Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 25. §. 8. seine Vertheidiger sind HETZER Diss. ad L. Laetoriam §. 8. Not. d. Schweppe a. a. D. §. 452. Not. 5. S. 625. Zimmern Gesch. des R. P. R. 1. B. §. 257. S. 891 f.

79) SEGER brevis curarum historia. §. 6 — 8. (Opus. pag. 116 — 120.) und BREITSPACHER Diss. de origine

die L. Plaetoria nur solchen Minderjährigen Curatoren zu geben verordnet habe, denen man entweder wegen schwachen Verstandes, oder wegen Leichtsinns und unordentlicher Wirthschaft ihr Vermögen nicht anvertrauen, oder in den Händen lassen konnte⁸⁰). Die Prüfung dieser verschiedenen Ansichten bleibt dem folgenden Bande vorbehalten.

curationis minor. atque progress. usq. ad temp. Justin. §. XIV.

- 80) *Jac. OISELIUS ad Gaji Institut. epitome Lib. I. Tit. 8. Not. 6.* (in *Ant. SCHULTING Jurispr. vet. antejust. pag. 66.*) *Franc. BROEUS, Franc. HOTOMAN, Arn. VINNIUS. Jan. a COSTA. Ev. OTTO* in *Commentt. ad §. 2. J. de Curator. Ant. SCHULTING ad Ulpian. T. XII. §. 4. not. 7.* (in *Jur. V. Antej. pag. 606.*) *Jo. Conr. CRUSIUS Diss. ad constitutionem D. Marci de curatoribus minorum XXV. annis. rec. Lugd. Bat. 1712. Cap. 2.* (in *FELLENBERG Jurispr. antiqu. Tom. II. pag. 578. sq.*) und *Lud. Jul. Frid. HOEPFNER Prog. de Lege Laetoria et cura minorum. Gissae 1778. 4.*

Zusätze und Berichtigungen.

§. 273. ist zur Note 79. am Schlusse noch beizufügen. Es ist daher auch die zur Bestärkung der Lesart: *Si filio impuberi — aut puberi curatorem*, von *Jo. CANNegieter ad Domitii Ulpiani Fragmenta Tit. XII. §. 1. pag. 64.* versuchte Restitution mit Hülfe der Siglen, nämlich: *Si fl̄ — puberi aut IT̄ puberi, hoc est, si filio impuberi aut item puberi* nöthig. Wenn man aber auch die gemeine Lesart beybehalten will, so meint er, seyen doch auch die Beispiele einer solchen Hysterologie nicht selten. z. B. bey *PAULUS Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 1. §. un. ULPIAN. Fragm. Tit. XI. §. 1. Tit. XXII. §. 14.* Mehrere noch werde *Ger. NoODT de pactis. Cap. 5 et 10.* geben.

§. 282. in der Stelle des *Modestinus L. 21. §. 5. D. de tutor. et curat. datis* ist statt *αζιωμα* vielmehr *αζιωμα* zu lesen.