



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. XXV. Restitutionis In Integrum, quæconcedenta est in Causa
vebditæ Rei pupillaris, vel Venditio omnino declaranda est nulla.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72287](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-72287)

ser zu machen. Ja es kan Herr Baron von T. ganz billich angehalten werden, daß selber Rechenschaft gebe, nicht allein über die wegen Todfall, und Kranckheit der verstorbenen Fräulen wohlseel. aufgewendete Kosten, sondern auch über die aus dero zu ständigen Capitalien gefallenem Interessen, seyntemahlen ihme Herrn Baron selbst eigenen Begehren nach nur 50. fl. Jährliches Kostgelt / und also weilen obengemeldter massen die Fräule nur 8. Monath bey ihme gewesen, auch dise nicht ganz gebühren, also daß das übrige ad Massam Hæreditariam gehörig, folglich auch anderen Interessenten zu gutem muß kommen.

19. Kan auch allhier nicht vorgewendet werden, als wäre die in gemeldter Declaration pactirte halb-Jährige Aufkündigung nur zu verstehen, daß selbe statt finden allein solte, so lang benannte Fräule Franzl bey Leben wäre; dann obwohlen der Verfor-

gungs-Vertrag also eingerichtet, daß Herr Baron von T. die Fräulen allein erben solle, ist doch solch ausgedungene Succession, wie schon oben Num. 10. gezeigt worden, von einer Hochlöbl. Regierung nicht ratificiret, sondern ihme Herrn Baron anbefohlen worden, solche Anstalt, und Disposition mit der Fräulen seel. Güteren zu machen, daß man jedes mahl NB. bey abfassend anderer Gedanken, und Gnädigster Resolution (also revocabiliter) ex parte der vorgeschribnen Fräulen des Capitals unergänzter gesicheret / und selbes also zu haben seyn möge / welche Wort, weilen selbe keines Weegs ad tempus vitæ besagter Fräulen limitiret worden, auch ultra hoc tempus auf nachfolgenden Todfall zu extendiren.

Und dieses ist, was hierin falls Rechtens zu seyn erachte, doch anderer besser gegründten Meynung hiemit nichts benennend.

CONSILIUM XXV.

In Cauſa venditæ rei pupillaris.

SUMMARIUM.

1. Facti Species.
2. Eruitur duplex Quæstio 1. An alienatio fuerit valida 2. An locus sit Restitutioni in integrum?
3. Ex actis non apparet, quis fuerit Tutor, vel an ejus Authoritas in contractu fuerit interposita?
4. Deficiente Tutela Testamentaria, succedit legitima.
5. Ad Constitutionem Tutoris, etiam Legitimi requiritur 1. Decretum Magistratus.
6. 2. Consectio Inventarii.
7. 3. Satisfactio.
8. 4. Juramenti præstatio.
9. 5. Promissum de reddendis rationibus.
10. 11. Proximi Agnati Atrici nec habuerunt hac requisita, nec potuerunt Tutoriam Authoritatem interponere in casu, ubi agitur de proprio eorum interesse.
12. Neque Atriciis Avia Materna fuit Tutrix, cum hac secundis Nuptiis, & Senatus-Consulto Vellejano renuntiasset non probetur. Nec præfens fuerit alienationi.
13. Neque ille, qui fuit Judex, potuit simul agere partes Tutoris.
14. Et seqq. Circa Quæst. de valore Alienationis, conatur Reus onus probandi defectum solemnitarum imponere Atrici: qua meliori jure illud rejicit in Reum. n. 25.
18. 19. Videntur solemnitates in hoc contractu non fuisse necessaria, quia fuit utilis pupillo, & Principi,
20. Imo necessarius. Sed utrumque negatur, & quidem sola utilitas non sufficeret. n. 26. seqq.
21. Præattenditur quidem, intervenisse requisitas solemnitates,
22. 1. Justam alienandi Causam. Rejicitur, quia nulla fuit necessitas. n. 29.
23. 2. Causa cognitionem. Sed refutatur hoc ipso, quod justa Causa non fuerit. n. 30.
24. 3. Decretum Judicis, cujus vicem supplere videtur Protocolium, cui inserta est Venditio. Sed rejicitur, cum requiratur Decretum formale. n. 31. 32.
33. Unde Venditio Quæst. dicenda est nulla & irrita ob defectum solemnitarum, & ob Autoritatem Tutoris non interpositam.
34. Omissa quoque est subhastatio, qua juxta multos est necessaria.
35. Nec Atrix confirmasse Contractum censenda est accipiendo partem pretii, cum adhuc sit minoræmis.
36. Seqq. Si etiam Contractus ponatur validus, peti tamen potest Restitutio in integrum ex Capite Læsonis, qua quidem negatur ab Adversario:
41. Etc. Sed tamen efficaciter probatur.

FACTI SPECIES.

1.



seynd Hans S. gewesener Mayr zu W. und dessen Ehwürthin Sabina vor ungefähr 15. Jahren in wenig Tagen nacheinander gestorben, und haben ein einziges selbiges mahl erst zwey Jähriges Kind, des Herrn Johann Conrad B. jetztmahlige Ehefrau, Maria hinterlassen, welcher folglich der ganze Mayr-Hoff, und all übriges Vermögen ihrer Elteren nach deren Ableiben erblich ist zugefallen. Auf welches hin jetztbesagter Mayr-Hoff eben selbiges Jahr bald nach dem Tod der Elteren samt all vorhandenen Getrayd, Pferd, und Kind, Vieh, wie auch all zu dem Bauern-Werck gehörigen Schiff, und Geschir per 3100. fl. an Veit S. der Maria Vatters Bruder, damahl noch ledigen Standts dergestalten käufflich überlassen worden, daß mit Einschluß der ad 300. fl. also benannten passiven an besagtem Kauff-Schilling 1100. fl. paares, dann 2000. fl. in Zehlfriisten Jährlich mit 100. fl. sollen bezahlet werden. Von disen Zehlfriisten seynd dem Lorenz N. 600. fl. und dem Martin S. Maria Groß-Vatteren 650. fl. wegen alter auf dem Hof gestandenen Jährlich mit einen geringen abführenden Nachfristen assigniret worden. Durch welches dann geschehen, daß der Maria mehrers nicht von besagtem Kauff-Schilling als 800. fl. von der Paarschaft. 750. fl. von denen weitheeren erst vor einem Jahr angefangenen Risten, dann für ein ausgedungenes Pferd, ein Kuhe, und einen halben Wagen 55. fl. verbliben, so zusammen 1605. fl. auswirffet.

2.

Der aus dieser Facti Specie sich erregende Stritt-Handel bewirffet sich auf zwey Principal-Questiones; Dann es sich fraget 1. Ob gemeldter Kauff-Contract einen Bestand in Rechten, und gültig seye? 2. Im Fall, daß selber sollte für gültig de Jure erkennen werden, ob nicht wider ihne Restitutio in integrum ex capite lationis per beneficium Minoribus à Jure concessum Statt, und Platz finde? Die Erörterung dieser Questionen fuffet sich meistens in denen Requisitis, so ad validam alienationem rei pupillaris erforderet, unter welchen weisen eines, und nicht daß mündste ist Autoritas Tutoris interposita, darum erreget sich und ist vor allen bezulegen

QUÆSTIO I.

Ec Præliminari.

Ob/und wer zu Zeit des beschehenen Kauff-Contracts der Maria/des Herrn Johann Conrad B. jetztmahligen Haus-Frauen Vormund gewesen seye?

3.

In Betrachtung der geführten Vormundschafft-Rechnung zeigt es sich zwar, daß Veit S. der Kauffer des

Hofs selbst von jehziger Pfleg-Amts-Verwaltung zum Vormunder gesetzt worden. Wer aber zuvor, und zur Zeit des beschehenen Mayr-Hofs-Kauff-Vormunder gewesen seye, gleichwie es zu Beylegung gegenwärtigen Controvers zu wissen höchstnothwendig, also ist zu dato weder aus dem Protocoll, noch aus der Rechnung, oder sonstem bekannt.

Es ist zwar ansonst eine in Jure ausgelegene Sach / quod deficiente Tutela Testamentaria, quod fit, quando Pater intestatus moritur, succedat Tutela legitima,

L. siquis 11. §. fin. ff. de testam. tutel.

quam tutelam LL. XII. Tabul. proximis Agnatis, ut impuberum tueantur bona, ne dilapidarentur, deferunt,

L. legitima. 1. §. tot. tit. ff. de Legit. Tutorib.

welche Tutela Legitima, wellen hievon Jure Novellarum propinquitas gradus observiret muß werden; quia hoc Jure mortuo patre, impuberis Tutela defertur Agnatis, & Cognatis eo gradu, & ordine, quo succeditur in Hereditatem,

Novell. 118. c. 4. Auth. sicut. C. de Legit. Tutorib.

Vornehmlich gefallen wäre auf Martin S. als Maria Groß-Vatteren, oder auf Catharina S. als dero Groß-Mutter von der Mutter her, als welche der Maria in 2. Gradu Lineæ rectæ anverwandet.

So können doch weder diese zwey, noch auch Leonhard, und Veit S. des verstorbenen Vatters Mariae Gebrüder pro Legitimis Tutoribus erkennen werden, ja sie wollen sich nicht für solche ausgeben, angesehen, quod ad Constitutionem Tutoris cujuscunque, ut rerum pupillarum, quæ moram patiuntur, administrationem suscipere possit, Jure novissimo Reccessuum Imperii hodie quinque requirantur, 1. Decretum Magistratus.

Ordin. Polit. de Anno 1548. tit. 31. & 1577. tit. 32. §. Das ein jeglicher/ibi: daß ein jeglicher Vormund/er seye gleich in Testaments. Weiß verordnet/ oder durch daß Recht/ oder Richter gegeben/sich der Vormundschafft nicht unterziehen solle/ die Verwaltung seye ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decerniret und besolchen.

Et procedit hoc etiam in Matre, & Avia; nam nec istæ ad administrationem sine Decreto sunt admittendæ.

Carpz. de Jur. fam. singul. dec. 2. post. 1. n. 17.

Estque Decretum hoc aded necessarium, ut quidquid ante illud gestum fuerit, ipso Jure sit nullum.

Mynsing. cent. 2. obs. 37. Confil. Argen. Vol. 2. Conf. 98. n. 7. & 8. Mevius ad Jus Lubec. l. 1. tit. 7. art. 27. Lauterb. ff. de admin. & peric. tut. ch. 5.

2. Con-

4.

5.

6.

2. Confectio Inventarii: quod initio statim est conficiendum.

L. Tutores. 24. C. de administr. Tutor. l. fin. prop. fin. C. arbitr. Tutel. Reformation guter Polizey zu Augsburg de Anno 1548. tit. von den Pupillen / ibi: Item das er nach befohlner Verwaltung / von allen Güteren / ligend und fahrend / Schuld: Brieff / und Register / ein Inventarium aufschreibe.

Ita quidem, ut ante istius confectioem Tutori cuicumque non sit potestas res pupillares, quæ moram admittunt, administrandi,

L. Tutor. 7. pr. ff. de Admin. & peric. Tut. l. fin. cit. C. arb. tutel. Manz. ad tit. de Admin. tutel. num. 39. Maulius de tutel. tit. 1.

Et omnia per Tutorem, ante confectioem Inventarii gesta, invalida sint.

Mynsing. cent. 2. obs. 37. Maul. l. cit. Mevius ad Jus Lubec. p. 1. tit. 7. n. 13. Lauterb. ff. de Administr. Tutor. th. 9. Müller ad Struv. Exerc. 31. th. 36. Lit. 4. Habeturque ejusmodi Tutor, qui Inventarii confectioem omisit, pro suspecto, & fit infamis.

L. fin. cit. §. un. C. arbitr. tutel. Lex enim præsumit, Tutorem ideo negligere, ut possit res pupillares vel attingere, vel ullam sibi communicationem vindicare.

Lauterb. ff. de adm. tut. th. 10.

7.

3. Satisfactio, quæ Tutores, & Curatores per Fidejussores cavent rem pupilli, minorisve salvam fore: quod jam olim introductum fuit Jure Rom.

L. cum pupillo. 1. ff. rem pupill. salv. for. l. fin. C. de Fidejuss. tutor. & tor. tit. Inst. de satisfat. Tutor. Et confirmatum est Jure novissimo Reecessuum Imperii per Ordin. Camer. p. 1. tit. 75. Reform. guter Polizey: Ordnung de Anno 1548. & de Anno 1577. Tit. Von der Pupillen &c. ibi: das er rechtmäßige Caution, und Versicherung thue.

8.

4. Juramenti præstatio: à qua per Jus Novell. 22. c. 40. quidem liberabantur Mater, & Avia Tutrices; sed Jure novissimo Juramentum etiam ab ipsis præstandum est per

Ordin. Camer. de Anno 1533. §. Der Eyd / so einer zum Vormunder 1c. Et Reform. Polit. de Anno 1548. Tit. Von den Pupillen. Ordin. Camer. de Anno 1555. p. 1. Tit. 76. Et Reform. Polit. de Anno 1577. ibi: das ein jeglicher Vormunder / er seye gleich Testaments: weis verordnet, oder durch das Recht / oder Richter gegeben / mit Gelübden, und Eyden soll beladen werden / seinen Pflögkinderen / und ihren Güteren getreulich / und ehrbarlich vorzuseyn / ihre Personen / und Güter versehen / und verwahren / die Güter nicht in ihren eignen Nutzen zukehren / oder

wenden / noch dieselbe ohne Vorwissen / Erkenntnis / und Decret der Obrigkeit zuveräusseren / verpfänden / oder zubeschweren.

5. Ut Tutor promittat, singulis se annis jussu Magistratus rationes redditurum: Jährlich auf Forderung der Obrigkeit gebührende Rechenenschaft zuthun, und um seine Verwaltung Red, und Antwort zu geben. Quibus respectu Matris, aut Avia tutricis de Jure communi additur, ut in Judicio renuntient secundis Nuptiis, Senatus - Consulto Vellejano, & omni Legum auxilio, quo femina aliàs Juris beneficio gaudet.

Auth. Marri, & Avia. C. de Legit. Tutor. Novell. 118. c. 5. Novell. 94. c. 2. Lauterbach ff. de Legit. Tutor. th. 18. Müller. ad Struv. Exerc. 31. th. 26. Lit. 2.

Und müssen diese Requisita, damit jemand für einen Vormund erkennet werde, von selbsten probiret werden, wie benanntlich de Decreto Administratorio Judicis erforderet Gaill. l. 2. obs. 167. n. 1. Lauterbach. ff. de Adm. Tutor. th. 6. Carpz. l. 3. resp. 14. n. 1. & 2.

ex ratione, quia Decretum hoc est facti, consequenter non præsumitur, sed Tutor probare debet, sibi Decreto administrationem esse concessam: quæ probatio hodie plerumque fit publicis Instrumentis, quæ Tutoria vocantur, eaque Tutores producere debent ad legitimandam suam personam.

Nun aber will sowohl auf Seiten des Martin S. als der Adricis Groß: Vatter, als auf Seiten des Leonard, und Beit S. als dero Vatters Bruder fast an all diesen Requisitis gebrechen; seymahlen obwohlen zwar sie nächst: Besfreundte, auf welche, wie Num. 4. gemeldet, in Abgang dispositionis de hoc facta in Testamento, Tutela Legitima falltet, so können sie doch weder Decretum administrativum aufweisen, noch andere Requisita præstiret zuhaben probiren. Und wann auch der Martin S. und Leonard S. solches Decretum in der Sach selbst hätten erhalten, so wären sie doch zu der Tutel, und besonders zu quaestionirter Alienation, Kauff: und Verkaufung des accusirten Mayr: Hofes um darum inhabiles, und untichtig gewesen, weilen der erste des Weits S. eigner Vatter, der andere dessen Bruder, also partheyisch gewesen, conf. ad auctoritatem Tutoriam præstandam in hoc actu nicht haben können admittiret werden. Nec enim valet actus, vel contractus, quem pupillus cum filio, vel servo, vel uxore Tutoris, ipso authore, contraxerit;

L. pupillus. 5. §. fin. & l. quod dicimus. 7. pr. ff. de Auth. & consens. Tutor.

quia si filius Tutoris, vel quæ alia persona juri ejus subiecta contraxerit, idem erit, ac si ipse contraxisset.

L. pupillus. §. fin. cit.

Non potest autem Tutor in propria causa auctor esse per Jura vulgata: quod toties verum

9.

10.

rum est, quoties per semet, vel per subje-
ctas sibi personas acquisierit
dicta l. quod dicimus. pr.

11. Unde si Tutor à Pupillo, alium Tutorem
non habente, rem emere velit, non aliter
consistit Emptio, nisi fiat palam, & bona
fide,

L. cum Tutor. §. C. de contrab. empr. &
ibi Brunnemannus.
id est, iusto pretio, & praesente Magistra-
tu, vel Cognatis.

Arg. l. bonorum. 7. C. qui admitt. ad bonor.
possess. Brunnem. ad l. cum Tutor. cit.
Carpz. p. 2. Jurispr. for. const. 11. def. 33.
Et l. §. resp. 68. num. 12. Harpprecht
ad pr. Inst. de Empt. Vend. n. 152.

Welches darum auch zu oberviren in casu,
quo filius auctore Patre Tutore emit, quip-
pe cum pater & filius una, eademque cen-
seantur esse persona. Hat also Martin S. ad
effectum Emptionis à filio celebrata nicht
können Tutor Actricis seyn, und solches um
sovil minder, weiln selber mit samt des
Leonard seines Sohns wider Actricem des
Käuffers Beyständt gewesen, in dem zu
End des schon oben bemeldten Protocolls
angemerckt wird, daß alles durch dise zwey,
dann durch Leonard Sp. und Georg P. ab-
gehandlet, also fort an statt des Käuffers
ist eingangen worden.

12. Noch vil weniger hat Officium Tutricis,
besonders ad effectum quaestionirten Con-
tracts abgeben können, Catharina Sp. her-
nach S. per secundas Nuptias, weiln selbe als
Tutrix, wann sie dergleichen hätte seyn
wollen, hätte sollen gegenwärtig seyn, da
der Mayrhof an Weit S. verkauft ist wor-
den; quia ut

S. Tutor. 2. Inst. & L. obligari. 9. S. Tu-
tor. §. ff. de auth. Tutor.

Aicitur, Tutor statim in ipso negotio praesens
debet Auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existi-
maverit. Et ideo auctoritas Tutoris per
Procuratorem, Nuncium, aut Epistolam in-
terposita ipso Jure nulla censetur.

Franzk. Ex. 3. q. 4. Lauterbach. ff. de
Auth. & consens. Tutor. th. 7. Et ita
in viridi observantia esse testantur Ar-
gentin. Vol. 2. Conf. 9. n. 7.

Will also ad hoc, daß man sagen könne,
daß benannte Catharina ihre Auctorität bey
diesem Kauff interponiret habe, keineswegs
sufficiet seyn, daß selbe vermög anderset-
zigen Orths producirten Attestati den Leo-
nard Sp. und Georg P. zu dem Handel ge-
schicket. Zudeme noch ferners kommet,
daß wie oben Num. 9. gemeldet worden, ut
Mater, & Avia ad Tutelam admittantur,
selbe denen secundis Nuptiis, dem Senatus-
Consulto Vellejano, und anderen Weibli-
chen Rechten renunciiren müssen: welche Re-
nuntiation aber, daß selbe auf Seiten Ca-
tharina der An. Frauen geschehen seye, noch
nicht dociret worden.

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

13. Will also endlich die Sach dahin ankome-
men, daß weiln der verstorbene Herr Pfles-
ger, anderer Seiths Angeben nach, die Gels-
der eingenommen, in effectu das Officium
Tutoris vertreten habe: welches, wann
es ihm also selber in Cauſa nicht hat können
Richter seyn, noch das Decretum pro con-
firmanda Alienatione Prædii Quaestionis in-
terponiren, angesehen, daß Officium Ju-
dicis, & Tutoris inter se incompatibilia seynd
in denen Actibus, ad quorum perfectionem
Decretum Judicis, & Auctoritas Tutoris,
ut in Casu alienationis Prædii pupillaris, re-
quiruntur.

Lauterbach. ff. de auth. Tutor. thes. 4.
ubi docet, in iis, ad quorum perfe-
ctionem requiritur Decretum & Au-
thoritas, prout est alienatio prædio-
rum, Magistratus supplere auctoritatem
Tutoris nequit; quia duplici Officio
fungi non potest, & interponere si-
mul Decretum ut Judex, atque autho-
ritatem ut Tutor. Atque in hoc sensu
ait accipiendam l. fin. C. si propt. pens.
publ. Contentit Salicet. ibid.

QUÆSTIO II.

Ob quaestionirter Contractus
Emptionis Venditionis einigen Bestand
in Rechten habe / und darum pro va-
lido zuhalten / oder vilmehr für
Null, und ungiltig zuver-
werffen?

14. Es will zwar der Beklagte Weit S. den
Valor dieses Contracts und fürnemlich
auf dreyen Ursachen erzwingen. 1.
Daß Kläger defectum solennitatum, auß
welchen einige Nullität hätte mögen einge-
schlichen seyn, noch nit Rechts begnügig
probiret. 2. Daß solche solennitates in
praesenti Casu ganz nicht waren vornöthen.
3. Daß dannoch ermeldte Solennitäten
hierinn vorbegegangen.

14.
Rationes
Dubitandi.

Den ersten Theil will Beklagter auß dem
probiren, und das onus probandi defectum
solennitatum auf Herrn Klägerem hinüber-
leinen, weiln 1. Ex communis Juris prin-
cipiis asserenti solennitates in Actu, vel Con-
tractu esse neglectas incumbit probatio, so
auch in calu alienata rei pupillaris seinet
Lauff gewinnet; quia ut

15.

Carpzov. Jurispr. for. Const. 11. p. 2.
def. 32. & l. §. tit. 8. Resp. 71. num. 15.
cum Ant. Fab. in Cod. l. §. tit. 37. def.
2. num. 4. Et Jac. Schült. p. 1. q. 17.
ex l. §. pen. ff. de Reb. eor. qui sub Tu-
tel. &c.

dociret, Minori prædium à Tutore injuste
alienatum vindicanti, & distractionem sine
Decreto, ceterisque debitis solennitatibus
factam contendenti regulariter onus proban-
di incumbit. Weiln also Kläger selbst
den

den beschenehen Rauff gestehet, und allein vorwendet, daß selber wegen Unterlassung der sonst zu Veralienirung erforderenden Substantial-Requisiten ungiltig, wird ihme obligen, Rechts-behörig solchen Defectum zu beweisen. Von welcher Prob selber sich um sovil weniger wird können aufhalten, weilen

16.

2. Er den defectum requisitorum seinem Libello inseriret, und seine Action auf diser Qualität fundiret; dann wie abermahl Carpzov. *Jurispr. forens. l. cit. cum allegatis. ibid.* Fabr. & Schülter. ac Juris textibus.

anmercket, si minor vindicans ex hoc capite alienationem impugnet, quod debita requisita non fuerint observata, eamque qualitatem alienationis, & defectum requisitorum Libello suo inserat, cui reus negativè respondet, hoc casu minorem ceu Actorem contenta Libelli, ac requisitorum defectum probare teneri, rectissime quis affirmaverit. Da hero nicht genug ist nude zu asseriren, es seye nicht die geringste Ursach zu Entäußerung dieses Guts vorhanden gewesen, und der Actus absque Cause cognitione, sine Tutoris defensione, & absque interposito Decreto Judicis vorbegegangen, sonder es wird dessen Rechts-begnügige Prob erfordert, und solches um sovil mehrer, weilen

17.

3. Die Rechtliche Præsumption von sich selbst, pro validitate actus, mithin pro reo contra Actorem militiret, eo quod præsumatur pro solennitate necessaria eam intervenisse, ubi de facto ipso constat.

L. licet. l. C. de contrah. & commit. stipulat. l. ab ea parte. §. §. idem respondit. l. Junct. Gloss. ibid. V. præstare. ff. de probat. Carpz. def. 32. cit. n. 8.

Et quia fundans intentionem suam in non facto, illud non factum probare tenetur, per textum *l. hoc jure. 10. ff. de V. O. Mantic. de conject. ult. vol. l. 2. tit. 1. n. 4.* Carpzov. *l. cit. n. 10.*

Welches in præsentiarum um sovil mehrer Statt findet, weilen das ganze Werck judicialiter abgehandlet worden; extrinsecè namque solennitates præsumuntur intervenisse, quando negotium est gestum apud acta coram Judice.

Mascard. de Probat. Concl. 1322. n. 26.

Besonders da hinzu kommet diurnitas temporis; nam diurnitas temporis possessorem tuetur, debitamque solennitatem supplet.

Carpzov. libr. 5. tit. 6. Resp. 52. n. 56.

Etiamsi possessio fuerit tantummodo 10. annorum.

Idem Carpzov. l. cit. cum Menoch. Conf. 90. n. 31. §. quod & decem anni. Cravet. Consil. 258. n. 13. & seq.

Weilen dann in præsentia Casu von der Zeit des vorgangenen Rauff-Contracts an, nicht allein zehen, sonder schon 15. Jahr ver-

flossen, wird auß gemelter Præsumption das onus probandi defectum cause, & solennitatum auf den Herrn Kläger billichster massen hinübergeschoben.

Was aber das andere Stuck, auß welches der Beklagte seine Exception steiffet, anbetriffet, daß nemlich in gegenwärtigem Casu die sonst erforderende solennitates ganz nicht vonnöthen gewesen seyen, will selber auß dem behaupten, weilen 1. In facto ohnlaugbar, daß quæstionirter Rauff eben zu selber Zeit ist fûrgangen, da es eben wegen fürwehrenden Bayrisch-Franckösischen Kriegs-Troublen zum allergefährlichsten, und also außgesehen, daß wegen der im Land habenden beeden Armeen, deren perpetuëlichen Marche, und Contramarche, ohnerschwänglichen Steuren, und Anlaagen, immerwährenden Fouragiren jederman an statt der ligenden Güter nach paar- und sicheren Geld geseuffet hat, niemand aber an Erkauffung eines Guts gedencket haben werde. Auß welchem dann

2. Weiters folget, daß weilen er Beklagte durch solchen Rauff alle Gefahr auß sich genommen, wie dann wann ihme damahl Haus und Hof wäre abgebrannt worden, er den Schaden allein hätte haben müssen, dem Kind hingegen das Geld, sicher, und allzeit in Salvo geblieben wäre, mithin er ja den Pupillen auß der Gefahr errettet, selbiger wegen solch seinen Rauff keines Weegs zu beschuldigen, sonder villmehr einen Danck verdienet, weilen gewis kein anderer (wie er allen Falls durch die ganze Gemeind erweisen will) ein solches angenommen haben wurde, besonders weilen bekannt, und in dem Nothfall darzuthuen, daß Actricis Vatter, Mutter und Knecht gleich nacheinander auß dem Haus an der hitzigen Kranckheit gestorben, und eben auch das Kind samt der Magd noch darntber gelegen, also daß jederman das Haus geschühen, und kein Mensch hineingehen wollen. Auß welches er Beklagte auß Ansuchen des damahligen Herrn Pflegers sich überreden lassen, seinen vorhin gehabtten Dienst quittirt, und sich um das Hausweesen angenommen. Bey welchen dann also gestalten Sachen ein jeder Vernünftiger, wie Beklagte vermeynet, schließen kan, daß der Rauff dem Pupillen zu keinem Prajudiz, oder Schaden, sonder villmehr zu dessen grösten Nutzen seye vorgenommen worden, mithin wann auch keine in denen Rechten erforderliche Solennität wäre adhibiret worden, dennoch derselbe ex capite nullitatis keines Weegs möge angefochten werden; valet enim Venditio sine requisita solennitate, si minor suam conditionem meliorem fecerit.

Balthal. pract. resolut. tit. 5. resol. 7. n. 34. limit. 9. ubi hanc in rem allegat l. cum hi. 8. §. eam transactionem. 6. ff. de

TRANS

transact. Alberic. de Rosate, Bald. Angel. Raph. Fulgof. Paul. Castr. & Jacob. Butrium &c.

Welches besonders Statt findet in gegenwertigem Casu, da neben des Pupillen auch Gnädigster Herrschafft Nutzen hierdurch merklich beförderet worden, als Dero höchstens daran gelegen gewesen, daß das Gut ehebaldest widerum mit einem Bauren versehen, von selben in aufrechtem Stand, und also erhalten wurde, daß hiervon er mit denen nothwendigen praestandis Gnädigster Herrschafft behalten, und die continülich auf die Gemeind gelegte Unlaagen bestreiten könnte. Weiters

20. 3. Hat es nicht allein der Nutzen des Pupillen, sonder auch, wie Beklagter auf dem nächst vorgehenden vermerkt remonstriret zu haben, die Nothwendigkeit erfordert, daß das Gut um selbes von dem Untergang, und den Pupillen von der Gefahr, und höchsten Beschwerden zuerretten verfauffet wurde. Valet autem Venditio boni pupillaris, etiam sine solennitatibus facta, quando Venditionem sine solennitatibus fieri ita necessarium fuit.

Balthas. L. cit. limit. 6. & apud hunc Cravett. Conf. 866. Necessitas enim non habet, sed facit legem, licitumque, quod per se non est. L. quod propter necessitatem; & ibi Gottofred. lit. h. ff. de R. J.

Scheinet also, daß bey denen damahls gewesen Umständen nicht einmahl nöthig gewesen wäre einige solennitates Juris bey dem angeklagten Contract zu adhibiren.

21. Belangend das dritte Fundament, auf welches der Beklagte in seiner Exception sich hauptsächlich stuetzt, nemlich daß auch zum Ueberfluß in quæstionirten Kauff alle rechtliche Solennitäten gebrauchet, und jede Requisita Juris der auf dem Land üblichen, und althergebrachten Observanz nach adhibiret worden, will er solches erweisen per enumerationem partium; Dann ad validam alienationem bonorum pupillarum drey hauptsächlich Stücke erfordert werden. 1. Justa alienandi causa. 2. Hujus cognitio. 3. Decretum, & Auctoritas Magistratus.

L. lex qua tutores. 22. ff. de admin. tutor. l. ob as alienum. 12. C. de prad. & aliis reb. Min. sin. Decret. non alienand.

22. Betreffend das erste Requisite, vermerket Beklagter genugsam ex haftenus deductis probiret zu haben, deme beystimmet das von offte ermelten Catharina S. gegebne Attestatum, krafft dessen sie bezeiget, daß wegen der damahls vorgewesenen Kriegs Troublen, folglich zubefahren gehabten gänglichen Untergang des ohne dem mit unerschwinglichen Steuern beladen gewesen Guts, sie damahl den Kauff nicht allein nützlich, sonder für nothwendig gehalten, und auch noch halte. Zu welchem noch ferners kommen die darauf gehaffte Passiva

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

welche, wie Acten-kündig, die Helffte des Werths aufgemachet. Woraus dann ebenfalls

23. 2. Sich ergibt, daß auch dem anderen Requisito ein Genügen geschehen, und solches um sovil mehrer, weisen das Protocol, und jüngst angerühmtes Attestatum ausdrückentlich geben, daß ein solches NB. nach reiffen Überlegen, und aus seinen erheblichen, und nothwendigen Ursachen beschehen seye. Ja es scheint, daß allerdings in quæstionirten Casu es keiner Causæ Cognitione von darum bedarfft habe, weisen die Causa ohne dem Notoria gewesen; in Notoriis autem keine weitere Untersuchung, oder Probation vonnöthen ist, per ea, quæ docet

Carpzov. Jurispr. for. p. 2. const. 18. def. 15. n. 3. Et p. 1. const. 16. def. 28. n. 4. ubi ait, notoria probatione non egere, neque expedire in iis cognoscere.

3. Daß Decretum Judicis belangend, bewirffet sich der Beklagte auf das Protocol, in welchem der ganze Kauff protocolliret, mithin alles mit Wissen, Auctorität, und Ratification der Obrigkeit geschehen, folglich keines anderen Decreti approbatorij Contractus vonnöthen gewesen, massen man schwerlich einigen Casum wird beybringen können, allwo absonderlich auf dem Land auch bey Verwendung der Pupillens Güter, nach einmahl mit reiffer Überlegung gepflognen, und nachgehends protocollirten, und eo ipso per necessariam consequentiam Obrigkeitlich ratificirten Kauff noch ein anderes Decretum ertheilet, weisen eben darum der Contract bey Ampt protocolliret worden, um hierdurch anzuzeigen, daß die Auctoritas, und Ratificatio, seu Decretum Magistratus auch seye darzu kommen, ansonsten bis dato wenig, oder gar kein giltiger Contract absonderlich auf dem Land wäre gepflognen worden, wann ein gerichtlich geführtes Protocol zu dessen Validität nicht genugsam wäre, bevorab da in presentiarum auch nach Aufweis Lit. C. von des beklagten Schwiger Vater Melchior wegen dieses Kauffs die Aufsarth mit 75. fl. bezahlet, mithin selber auch von Seithen Gnädigster Herrschafft ratificiret ist worden.

Dieses seynd nun die Fundamenta, auf welchen Beklagter validitatem Contractus secum initi behaupten, und onus probandi contrarium auf Herrn Kläger hinüber legen will, welche aber bey weitem von kein so grosser Erheblichkeit, daß darum selber von Obliegenheit der Prob völlig erlediget, und im Fall, daß Kläger invaliditatem nicht probiret, er tanquam Actore non probante, darum absolviret, und ledig gesprochen könne werden. Dann 1. Belangend die Argumenta, durch welche besagter Beklagte necessitatem probandi in-

23.

24.

25.

Decisio cum responsione ad argumenta opposita.



terventum solennitatum requisitarum von sich ab und auf den Kläger hinüber schieben will, ist zwar nicht ohne, daß Carpzovius l. cit. und andere dem Pupillen, oder Minderjährigen, si contendat alienationem sine Decreto, ceterisque debitis solennitatibus factam, adeoque invalidam esse, das onus probandi aufbürden, so aber nur zu verstehen, ubi de causa justa alienationis constat; secus quando de hoc, consequenter de validitate ejusdem dubitatur; Dann alsdann Platz findet, was

Perez in Cod. de præd. min. n. 14. lehret, ubi: Quoties, inquit, de validitate alienationis dubitatur, onus probandi Emptori incumbit. quod rem à Minore comparaverit, tutore Authore, servatis solennitatibus. Consentit l. quacunque. 13. §. qui à pupillo. 2. ff. de Public. in rem act. ibi, Qui à pupillo emit, probare debet, tutore Authore, lege non prohibente, se emisse.

Galtet also in hoc Casu Præsumptio de interventu solennitatum. In auch da bekannt solle seyn, daß der Magistrat sein Decretum pro alienatione faciendâ hätte interponiret, wann causa justa alienationis nicht vorhanden, wird solches pro sub- & obreptio zu halten seyn; Dann wie

Carpzov. p. 2. Jurispr. for. const. 11. def. 28. lehret, tum demum pro Decreto præsumitur, quando exprimitur, illud cum causa cognitione interpositum.

Auf welches auch klärllich deutet

L. magis puto. §. S. maner. 1 §. ff. de reb. eor. qui sub tutela &c. ubi Ulpianus, Maner actio, inquit, pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse Prætori.

Quod fiet, si causa justa non existente, & non cognita alienationem decreverit. Wird auch solche Præsumption pro valore alienationis keines Weegs herstellen diuturnitas temporis; Dann wie

Perez in Cod. tit. si quis ignorans &c. n. 1. anmercket, Qui sciens rem minoris absque Decreto (consequenter justa causa) emit, non potest eam usucapere; quia est possessor mala fidei. si ea. 1. pr. C. tit. cit.

Nun aber ist einem jedten, so Præsumptionem malæ fidei contra se habet, obgelegert per contrariam probationem solch malam fidem von seiner Verfohn abzuleinen. Aus welchem dann allen erhellet, daß onus probandi in Casu præsentem dem Besagten oblige, als welcher sich fundiret in Quæstione facti, ejusmodi facta non præsumuntur. Was aus Mantica allegiret wird, quod fundans intentionem suam in non facto, illud non factum probare debeat, intelligendum est, quando fundans intentionem suam in non facto vult acquirere; dann dieses Principium genommen ist ex

L. hoc jure. 10. ff. de V. O. ubi convenit de decem dandis, si Lucius Titius ante Calendas Majas in Italiam non venerit.

Alles weislich geordnet worden, non ante peti quidquam posse, quam exploratum sit, ante eam diem in Italiam venire Titium non posse, neque venisse. Andere Verwandtmuß hat es,

quando certatur de suo retinendo & conservando; nam pro conservanda re sua magis domino rei Jura assistunt; darummen auch

L. error facti. 8. ff. de J. & F. J. statuitur wird, quod Juris error in damnis amittendæ rei suæ non noceat. Nach welchem allen auch dieses noch hinzu kommet, daß ihme Herrn Kläger auch an Prob de defectu Requisite Juris ad legitimam alienationem rei pupillaris keines Weegs gebriecht, wie theils oben à Num. 5. de defectu Tutoriæ Authoritatis, theils ferners von den übrigen Requisite Num. 30. & seqq. erwisen wird.

Weiters auf das andere Fundament zu kommen, in welchem er Beklagte erweisen will, daß wann auch diefermeldte solennitates wären unterlassen worden, dennoch der Kauff seinen Valor behalten, weisen in Casu præsentem es keiner Solennität bedürftig, so bewirffet sich hierin er der Beklagte auf die causam utilitatis, & necessitatis, welche er aus denen zur Zeit des beschehenden Mayr-Hofs Contract schwebenden Kriegsläuffen, Gefahren, und Beschwerden erzwingen will, aber absque Juris assistentia; nam 1. Omnes docent ad alienationem rerum pupillarum requiri causam necessitatis, & præter hanc intaper petunt solennitates reliquas, & ita quidem, ut una solum deficiente, Alienatio sit ipso Jure nulla, scilicet quoad damnum pupilli.

§. Nunc admonendi. 2. Inst. quib. alien. non lic. l. minorum. 6. & l. utere. 12. C. de præd. minor. Perez ibid. n. 11. Welsenbec. ff. de reb. eor. qui sub tutel. n. 5. Lauterbach. ibid. th. 9. Carpz. p. 2. const. 11. def. 32. & lib. 1. respons. 80. Mollenbec. ff. tit. cit.

Ita, ut eo casu minor non solum personalera tutelæ actionem habeat, sed rei quoque vindicationem ad res suas à quocunque possessore absque pretii restitutione revocandas.

L. magis puto. §. S. maner. 1 §. & l. quamvis. 9. ff. de reb. eor. qui sub tutel.

Neque opus tunc est probatione læsionis: quod secus est, si restitutio petatur, ut post Stryckium notat

Mollenbec. l. cit. §. ipso Jure nulla.

2. Wird Beklagter causam utilitatis in vorgangener Alienation schwerlich probiren können, angesehen selbe zu solcher Zeit geschehen, da ein jeder Verständiger leichtlich hat sehen können, daß der damals schwebende Krieg dieser Orthen nicht lang mehr continuiren könne, seytemahlen da ein Feind ein Land zu behaupten gedencet, er selbiges selbst für seine weitere Subsistenz menagiren muß, oder da er solches zu verlassen gesimmet, der Krieg allda nicht lang mehr dauere kan. Bey welchen Umständen dann durch einen fleißigen

gen Vormunder bald wiederum hergestellt werden kan, was der Krieg mag erfordere haben, besonders in gegenwärtigem Fall, da er Beklagte nur 4. Monath lang zu Kriegszeiten den Hof innehabt, und selbiger Zeit wenig gelitten hat. Zu welchem noch weiters kommet, daß, weil er Beklagte accursiren Hof in Kriegszeiten zubestreiten ihme getrauet, selbigen noch wohl leichter die Vormundschaft hätte administriren können, angesehen selbe hierzu nicht einiges paares Geld nothwendig gehabt, sonder die vorher bezungene 100. fl. Jährliche Fristen eben so wohl von der Vormundschaft, als von ihme Käufer hätten abgerichtet werden können, absonderlich weil wegen Bezahlung einige Klage nicht vorkommen, und zur Bezahlung der Interesse tempore belli allen Falls man nicht gehalten gewesen, da unterdessen das vorhanden gewesene Geträyd und andere Mobilien dem Pupillen zu Nutzen hätten gemacht, so fort mittelst desselben Werth, und ab dem zum Bestand gegebenen Mayr Hof erhebenden Bestand Geld die Beschwerden gar füglich, und dergestalt errichtet werden mögen, daß dem Pupillen noch Jährlich etwas namhaftes übrig verblieben wäre, und also männiglich erkennen muß, daß die Administration, oder Verbständung nützlicher, als die Alienation gewesen wäre, ansonsten wurden auch andere Bauren selbiger Gegend sich dieses Vortheils prävaliret haben, so doch ihre Güter behalten, in Betrachtung, daß nicht allein präsentia, sonder auch futura hierinn zubeudencken / und obwohlen sie vil leicht gegenwärtig keinen, oder schlechten Nutzen hoffen, doch der Grund und Boden ihnen überig blibe, so zu seiner Zeit wiederum das seine hervorbringen wurde. Weis

28.

3. Wann schon auch *Causa utilitatis* solte zuerweisen seyn, so ist doch diese ad alienationem rei pupillaris auch cum reliquis solennitatibus nicht erklectlich, weil in denen Rechten eine aufgetragene Sach ist, quod *Causa utilis* non sufficiat, wie zu sehen

L. magis puto. §. non passim. 9. & tribus seqq. ff. de Reb. eor. qui sub Tutel. Ratio in textu additur; quia Prætor non est concessum liberum arbitrium distrahendi res pupilli, sed tantum ob res alienum. Perez. *Cod. de*

præd. min. n. 3.

Et hoc verum est, licet causæ cognitio, & Decretum accedat.

Sande. *l. 2. dec. tit. 9. dec. 14.* Lauterbach. *ff. de Reb. eor. qui sub Tutel. th. 6.* Mollenbec. *tit. cit.*

Proceditque, etiamsi utilitas sit prægnantissima, nihilque periculi ex alienatione rei suæ pupillo metuendum.

L. magis puto. cit. §. si as alienum. 14. l. si fundus. 13. pr. ff. eod. ubi exemplum infructuosi, & pestilentis fundi pro-

ponitur, quem tamen vendi non licet: quod variis Juris Argumentis, & Curia Frisiorum præjudiciis illustravit Huber. *pral. ad tir. cit. num. 4.* apud Mollenbec. *l. cit. §. causa utilis.*

Enimvero fieri potest, ut hujusmodi rigore commodum aliquod, aut utilitas Minoris cujusdam intervertatur; sed satius est in universum consuli pupillorum, atque Minorum fortunis, quam Judicium arbitrio utilitatis æstimationem non sine pupillorum, Minorumque periculo committi.

Mollenbec. *l. cit. & apud hunc Berger.*

Quare ut alienatio rerum pupillarum immobilium, & mobilium, quæ servando servari possunt, Jure ipso subsistat, pro forma requiritur præprimis *Causa justa*, eaque necessaria.

L. lex qua. 22. C. de admin. Tutor. L. minorum. 6. ibi: Nisi causis apud acta probatis, qua venditionis necessitatem inferant. C. de præd. min. quæ si deficiat, nec Prætor harum rerum alienationem permittere potest. Müller. ad Struv. Exerc. 31. thes. 84. Lit. d.

Neque sufficit necessariam esse causam solum allegare, sed insuper necesse est, ut apud Acta quoque probetur.

L. magis puto. cit. §. si as alienum. 14. L. lex qua. & l. minorum. cit. Zœf. ff. de reb. eor. qui sub Tutel. Hahn. ad Wesenbec. ibid. §. nisi tribus concurrentibus. Müller. l. cit.

Nun aber wollen, wie *Num. præc.* erwiesen worden, Beklagter *Causam utilitatis* wird schwerlich behaupten können, wird selben noch schwerer, ja unmöglich seyn *Causam necessariam*, quæ juxta dicta unice ad alienationis valorem sufficit, zu erweisen, angesehen, was ihme Beklagten auf dem von ihme erkauften Mayr Hof möglich gewesen, ungezweiflet auch möglich gewesen einem fleißigen Vormunder, wann selber einweilers selbst den Hof administriret, oder einem Beständner pro annua mercede übergeben hätte. Fallen also alle drey Argumenta, deren sich Beklagter *Num. 18. 19. & 20.* gebraucht, und darauf erweisen wollen, quod alienatio etiam non interveniente solennitate per Jus requisita in præsentia Casu subsistat.

Noch minder ist zulänglich, was selber juxta *Num. 21. & seqq.* de interventu earundem solennitatum dociren will. Und zwar 1. Belangend präsentiam *Causæ justæ*, ist soche, wie *Num. præc.* erwiesen worden, allein vor sufficient zuhalten, si necessitatem inferat, dergleichen ist res alienum.

L. magis puto. cit. §. non passim. 9. vel dos, aut donatio propter nuptias. L. lex qua. 22. C. de admin. Tutor. L. sive generalis. 61. §. iste autem. 1. ff. de Fur. dor. aut sumptus studiorum. Wesenbec. ff. de reb. eor. qui sub Tutel.

Lauterbach. ff. eod. th. 4. Carpz. p. 2
const. 11. def. 24.

Et quidem si adit as alienum, Creditores autem non urgeant, venditio non est admit- tenda, nisi forte Usurarum solutio nimium gravet pupillum.

Mollenbec. ff. de reb. eor. qui sub Tutel. §. urgens.

Nun aber ist solche Causa necessitatis in Casu praesenti keines Weegs findig; seymahlen solche 1. Nicht aufmachen die auf quaestio- nirtem Hof hangende Nachfristen, weilen in denen Actis nicht zu ersehen, daß jemahl mit selben nicht beygehalten worden, oder so man hierinnfals eine Zeit hätte cessiret, wird in benannten Actis nicht gemeldet, daß Creditores selbe urgiret, oder hiervon uner- schwingliche Zins, und Interessen begehret. 2. Erzwingen solche Nothwendigkeit auch nicht die Gefahren, in welchen dergleichen Güter bey damahligen Kriegs- Troublen gestanden; dann neben dem, daß das auß Verkaufung des Hofes gezogne Pretium, und Geld in eben so grosser, ja noch grösser Gefahr gestanden, weilen das Geld leicht geraubet, der Grund und Boden aber nicht kan hinweg getragen werden, so wann selber gleich eine Zeit lang Verhör- gung leydet, dannoch widerum zu recht ge- bracht mag werden. So ist noch ferners an- zumercken, daß, wann solche Gefahren ih- ne Käufer von Uibernemung des Hofes nicht abgetriben, auch einen Vormunder nicht hätten bewegen sollen, denselbigen zu verkaufen. Weiters 3. Machet solche Veralienirung nicht nothwendig die darauf ligenbe andere Beschwerdten, Steuern, und Interesse der Gnädigsten Herrschafft; dann wann er Beklagter dise Beschwerdten alle hat bestreiten können, und Gnädigste Herrschafft mit Reichung der Steuern, und anderen Anlaagen besridigen, hätte gewiß auch solche vermögt ein fleißig- und sorgfäl- tiger Vormunder. Daß also kein andere Ursach alda gewesen, als welche zu selber Zeit bey anderen Bauren sich befunden, welche dannoch bey ihrem Haus, und Hof gebliben, und selbige nicht verkauftet.

30.

Betreffend die Causa cognitionem, ist Rechts- kundig, daß auch praesente Causa necessitatis selbige requiriret werde, und zwar, wie

Hahn. ad Wesenb. ff. de reb. eor. qui sub Tutel. §. nisi tribus concurrentibus. Und Müller. ad Struv. Exerc. 31. thes. 84.

Lit. 7.

anmercket, mit diesem Zusatz, daß 1. Judex se instrui faciat de bonis pupilli, & quidem per alium, quam per Tutorem. 2. Ut diligenter excuriat, an aliunde pecunia ad extenuandum as alienum (vel alia onera sup- portanda) expediri possit. 3. Ut videat, num ad istum finem sufficiat vendi mobilia; nam à mobilibus prius incipiendum, eaque prius distrahenda, quæ minus utilia Minori

sunt. 4. Si mobilia non sufficiant, ut vi- deat, utrum pignoratio, an venditio immo- bilium Pupillo sit utilior. De quibus, nisi constet ante inquisitionem, non censetur Causa necessitatis esse notoria. Weilen dann in praesenti Casu vilmehr das Widerspiel sich zeigen will, kan mit Zug keines Weegs behauptet werden, daß Causa necessitatis notoria, also cognitio illius nicht nothwen- dig seye.

Leglich von dem Decreto Judicis zu mel- den, ist bey denen Rechts- Gelehrten eine außgemachte Sach, quod praesentia, aut consensus Magistratus non faciat Decretum formale, ut in terminis docent

Richter. decis. 13. n. 11. Mevius p. 5. decis. 34. Müller. ad Struv. Exerc. 31. th. 85. Lit. c.

Item nec sola sigillatio, & attestatio Ma- gistratus, quo testatur negotium partibus coram se ita placuisse, legitimam alienationem probat, sed de Decreti tenore debet ex actis constare.

Franzk. ff. de contrab. empt. num. 177. Müller. l. cit.

Ist also vomöthen das Decretum Judicis selbst, so durch Annotirung in dem Proto- coll des beschenehen Kauffs nicht hat könn- nen suppliret werden, allermassen des Kauffs-Protocoll hauptfächliches, und ale- leiniges Absehen ist, das jenige zu bedeuten, was die Partheyen contrahiren, nicht aber daß hierdurch Gewalt gegeben werde ad alienationem rei aliàs prohibita alienari. Weilen dann benanntes Decretum unter die Solennitates gezehlet wird, quæ constituunt formam substantialem alienationis, und von cujuscunque generis Tutoribus müssen ob- serviret werden,

L. lex qua. C. de administr. Tutor.

atque adeo etiam à patre, liberorum tutelam gerente.

L. cum emancipatis. 3. C. de prad. min.

So will auch in gegenwärtigem Fall noth- wendig seyn ad valorem Contractus, daß ne- ben anderen Requisitis auch Decretum Judi- cis formale adhibiret seye worden. Auß welchem dann allen erhellet, daß von Bes- klagten interventus solennitatum ad validam alienationem rei pupillaris requisitarum noch keines Weegs probiret worden.

Und mag hierzu nichts dienen, daß we- gen dises Kauffs das Bestand- Geld von dem Gegentheile ad 75. fl. bezahlet worden, in Betrachtung, daß selbiges der verstor- bene Herr Pfleger Besag der Quittung emp- pfangen, wordurch noch lang nicht die Sub- stantialia erwisen worden; quia quando pen- sionem non recipit ipse Dominus, sed ejus Procurator generalis, v. g. Kastner, Ver- walter, tunc non sufficit, nisi speciale Man- datum ad alienandum Dominus dederit; quia ea, quæ speciale Mandatum requirunt, Procurator Generalis non potest tractare,

31.

32.

multò minùs per tacitum consensum præsumere.

Christoph. Blumlacher *de Jur. Emphyteut. q. 37. n. 3. & 4.*

Ea enim, quæ requiruntur ad actûs formam, & solennitatem, non per taciturnitatem, sed expressè, & clarè intervenire debent.

P. Jacob. Wiestner *ad Reg. Jur. 43. in 6.*

33.

Erachte dann, doch unvorgreiflich, daß quæstionirter Kauff-Contract reipsa ex defectu solennitatum de Jure ad alienationem rerum pupillarum requisitarum für null und nichtig zuwerwerffen, septemahlen von ihme Käufer, wie solcher doch Krafft dictorum Num. 26. ad obtinendam intentionem tuam verbunden, interventum Cause alienationis necessaria, hujus cognitionis, und Decreti à JUDGE interpositi noch nicht probiret, ja defectus istorum sattsam erwisen worden, Besag dessen, was à Num. 30. dociret worden. Ebenfals manglet hierinn Autoritas Tutoris, septemahlen, wie auß Num. 5. & eribus seqq. zuerschen, nicht wissentlich, wer bey vorwährendem Kauff-Contract der Klägerin Vormunder gewesen, weilien weder Dero Groß-Vatter Martin S. oder derselben Mütterliche Ahn-Frau Catharina Sp. hernach S. per secundas Nuptias, noch auch der Klägerin Vatters Bruder Leonard, und Veit zu solchem Amte, und Act tichtig gewesen. Und so man gegenseithigen Theils sagen wolte, daß pro Actu alienationis das Pfleg-Amt selbst die Stell Tutoris vertritt, so wurden doch hierdurch benannte Requisite nicht ergänget, septemahlen in hoc Actu Officium Tutoris, & Judicis incompossibilia seynd, und also wann der Consens des Pfleg-Amts pro interpositione Autoritatis Tutoris anzusehen, abgänglich ist Decretum Magistratus; so aber man bemeldten Consens halten will pro Decreto, es hernach gebriecht an der Autoritate Tutoria.

34.

Über das ist in præsentibey vorgangenem Kauff unterlassen worden Subhastatio, welches zwar Beklagter mit

Postio de Subhast. inspect. 4. n. 35. Simoncell. de Decret. l. 1. tit. 1. num. 67. Brunnem. ad l. 9. C. de Reb. eor. qui sub Tutel. Mollenbec. ff. eod. §. Decretum Judicis.

ad substantiam, & valorem alienationis nothwendig zu seyn negiret; doch aber contrariam partem defendunt,

Cujac. in Comment. ad Tit. C. de Administr. Tut. Hottoman. Conf. 24. Sandius de prohib. alien. p. 1. c. 1. §. 5. n. 72. Carpov. l. 5. Resp. 72. & l. 2. dec. 195. Stryck. de cautel. contract. f. 2. c. 8. n. 4. Hahn. ad Wesenbec. ff. de Reb. eor. qui sub Tutel. §. nisi tribus concurrentibus fin. & plurimi alii longa serie relati à Simoncell. l. cit. n. 46.

Nec deest ratio requirendi hanc partem so-

lennitatis; nam 1. Persona facit, ut res justo pretio sit alienanda. Non reperitur autem facilius justum pretium, quàm instituta Subhastatione: hinc etiam in integrum restituitur Minor, si non justo pretio res ejus venierit, aliùsque licitator plus offerat.

L. ait Prator. 7. §. quæstrum est. 8. ff. de minor.

2. Hæc Venditio non fit sine Decreto Prætoris. Quoties autem Decreto Prætoris res venditur, ferè Proscriptio est necessaria, & Præconis vox.

Pinell. ad l. 2. C. de rescind. vendit. p. 2. c. 2. n. 25.

3. Auctionalia Instrumenta Inventario comparantur.

L. in omnibus. 1. §. Officio. 3. ff. de Tutel. & ration. distrabend.

Sicut ergo administratio non potest esse sine Inventario, ita nec Venditio citra auctio-

35. Quidquid sit, de hac Licitatione, an ad substantiam requiratur, so ist doch ex defectu aliarum solennitatum die Nullität dieses Contracts genugsam erwisen. Deme auch nicht auffhilffet, daß Adrix von dem Kauff-Schilling die 800. fl. und von denen Zihls-Zeisten eine hat participiret, auch wegen Ross, Ruhe, und Wagen 55. fl. angenommen, theils weilien selber von dem Protocoll damahl noch nichts zu Gesicht gekommen, theils weil sie defacto noch Minder-Jährig, und erst 19. Jahr alt ist, also mit ihrem Consens den gemachten Kauff nicht hat roboriren können.

Tor. tit. C. si major factus alienat. seu. Decret. rar. hab.

QUÆSTIO III.

Ob quæstionirter Contract, im Fall / daß selber für gültig zu seyn erkläret soll werden / nicht soll / und müß se ex capite Lætionis per in integrum restitutionem rescindiret werden?

36. Es will anscheinen, daß dieses anderte Remedium Restitutionis in integrum ihm Klägeren noch vil weniger könne zu guten kommen, als das erstere Nullitatis, indeme 1. Abermahlen neben anderen Requisite ihme obliget vor allen und hauptsächlich die Prob der unterlossen seyn sollenden Lætion, welche er aber, wie Beklagter vermeynet / zu præstiren um sovil weniger im Stand seyn wird, als pro

36.

Rationes dubitandi.

2. Laut des Protocolls klar zu ersehen, daß das Gut bey Friedens-Zeiten, und da die Güter in hohem Werth gewesen, nicht höher, als um 3300. fl. verkauffet worden, allwo es doch, wie Beklagter vorgibet, in einem weit besseren Stand sich befunden, als da er Beklagte selbes an sich gebracht, gestalts

37.

gestalten kurz vor Absterben der Klägerin Vatters seines des beklagten Bruders das Lager 11. Tag alda gestanden, Getränd, Heu, und was vorhanden gewesen, verzeihet, mithin erfolget, daß Beklagter nachgehends nicht einmahl bis Jacobi Getränd genug gehabt, sonder selbstn noch zu seiner Nothdurfft, und zu dem Ansehen hat kauffen müssen, zudem kommet auch

38.

3. Daß Beklagter bey Beziehung des Guts kaum die Helffte, seinem Vorgeben nach, sovil an Pferd, Rind, und Vieh, und dergleichen gefunden, als seinem Bruder der Klägerin Vatteren Seel. bey dessen Uibernemmung ist eingeräumt worden, also sich in Wahrheit nicht befindet, was Kläger in seinem Klage-Libell herkommen laisset, daß die vorhandene Pferd, Vieh, Getränd, Fueter nebst Schiff und Geschire (da er doch den Haußrath mit 40. fl. à parte bezahlet) nicht vil weniger dann 2000. fl. werth gewesen.

39.
Rationes
Decidendi.

Dieses ist, was Beklagter wider die zu concediren seyende Restitutionem in integrum vorbringet, dessen doch ungeachtet, halte pro Affirmativa, und schliesse, daß quæstionirter Contract per in integrum Restitutionem soll, und müsse rescindiret werden, wann gleich keines aus den Substantial-requisitis mangelte, und also bemeldter Kauff mero Jure für gültig zu erkennen wäre. Ratio est, quia etiam in alienatione intervenerint solemnia, probari tamen potest Læsiō magna, & hac probata locus esse Restitutioni in integrum.

Perez in Cod. de prad. minor. n. 9. Wesenbec. ff. de reb. eor. qui sub tutel. n. 5. Hahn. ad eund. tit. cit. §. tamen si postea appareat. Struv. Exerc. 31. th. 88. Müller. ibid. lit. a. cum communi DD.

40.

Ad quam impetrandam solummodo duo requiruntur. 1. Ut constet, quod Restitutionem petens per actum, contra quem restitui petit, læsus sit notabiliter. 2. Ut liqueat, quod dum læsionem hujusmodi passus est, Minorennis adhucdum fuerit; nam si hæc duo legitimè probentur, usque ad quadriennij lapsum post adeptam minorennitatem damnum hujusmodi passus restituitur.

C. constitutus. 8. de in integr. rest. Et l. hoc editum. 1. cum seqq. ff. de Minor. ubi etiam ratio redditur, quod fragile sit, & infirmum hujusmodi aratum constitutum, & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum.

Et hinc merito Prætor adversus hujusmodi captiones auxilium, & opitulationem ipsis promittit.

41.

In gegenwärtigem Casu liget die Minder-Jähigkeit Actricis an dem Tag, und wird vom Beklagten selbst gestanden. Die Læsiō belangend, ist selbe leichtlich zu probiren; dann 1. So man das Protocoll de Anno 1698. vor die Hand nimmet, vermög dessen Actricis Vatter von ihrem Groß-Vatter den Hof erkauffet, so zeigt sich, daß diser per 3300. fl. uibernommen worden. Nun aber ist bekannt, daß in solchen Kauff-Contracten ratione pretii ein Vatter mit seinem Sohn allzeit gütiger, als mit einem Fremdden zu handeln pfleget, welche gütigere Handlung wenigstens ad 500. fl. Herr Actor anschlaget. Ferner pro

2. Ist Actoris Schwiger-Vatter in Ansehen obigen Kauffs von Väterlichen, und Mütterlichen Erblos gemacht worden, welches Erbtheil, bis hierüber das Inventarium extradiret wird, Actor auf 1000. fl. anschlaget, so noch höher anwachset, wegen Pferd, Vieh, und andern, so er Käufer seinen Brüdern hat müssen über anderes Erbtheil hinaufgeben, und wenigst 125. fl. importiren thuet, dessen sich Käufer, wann er den Hof nicht hätte angenommen, gleich andern seinen Brüdern hätte erfreuen können. Weiters

3. Seynd vermög dieses Kauffs dem Verkäufer jährlich drey Jauchart Acker nicht nur Nugnießlich überlassen, sonder noch darzu in baulichen Weesen erhalten, und hiervon alle onera præstiret worden, auch über das nach Maßgab des Kauff-Contractis ihme Jählich von dem Käufer 2. Mezen Lein angebauet, drey Klaffer-Holz, und 1. Fueter Heu per 6. ganzer Jahr gelifferet worden, so zusammen 750. fl. außwirffet. Die ganze Summa aber auf 5675. fl. ankommet. Auß welchem dann folget, daß Actrix in dem auf 3100. fl. geschenehenen Kauff nicht allein enormiter, sonder enormissime lædiret worden.

Auß welchem dann fallt prima ratio in contrarium, durch welche Beklagter behaupten will, daß Kläger nicht im Stand seye Læsiōnem zu probiren, doch wird Juidici heimgestellt, quantitatem Læsiōnis zu untersuchen. Ad 2. & 3. zeuget solches necessitatem Inventarii, welches doch Beklagter zu extradiren sich weigeret, massen durch kein anderes Mittel man besser in Erkamtnuß mag kommen von deme, was bey Uibernemmung des quæstionirten Hofes ihme Beklagten ist eingelifferet worden, auß welchem auch ferners pretium rerum acceptatum, und quantitas Læsiōnis wird abzunehmen seyn, und hieraus zuschliesen, mit was Billigkeit in integrum Restitutio begehret werde.

Und dieses ist, was in vorgelegtem Casu Rechtsens zu seyn erachte, doch mehr begründter Meynung hierdurch mit nichten was benennend.

CON-